Die Parteivernehmung in ihrer Bedeutung für die prozessualen Grundbegriffe

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin-Luther-Universität

Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Gerichtsreferendar

WOLFGANG GOEDECKE

aus Torgau

Berichterstatter: Professor Dr. Hein.

19 NOLTE 35

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN LITERATUR.

Abraham: Von der Formenfreiheit zum Formenzwang? Z.f.z.P. Bd. 50 S. 21.
Bähr: Der deutsche Zivilprozeß in praktischer Betätigung. Jahrb. Dogm. Bd. 23 S. 339 ff.
v. Bar: Gutachten in den Verhandlungen zum 8. deutschen Juristen Tage. Bd. I S. 12 ff., Berlin 1869.
— Recht und Beweis im Zivilprozesse. Leipzig 1867.
Baumbach: Zivilprozeßordnung, 8. Aufl. 1934.
Bayer: Entscheidungsgrundlagen im deutschen und österreichischen Zivilprozesse. Graz 1911.
Benkendorf: Die Folgen einer Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, DRZ. 1934 S. 205.
Bohn: Der Parteieid und seine Mängel. Diss. Kiel 1914.
v. Canstein: Die eidliche Parteivernehmung und der Schiedseid. Wien 1876.
— Gutachten in den Verhandlungen zum 22. deutschen Juristen Tage. Bd. I S. 1 ff. Berlin 1892.
— Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses. Wien 1877.
— Entwurf einer Zivilprozeßordnung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. Berlin 1931.
Engel: Parteivernehmung und kein Ende. Judicium 1931 S. 87.
Fabinyi: Das ungarische Prozeßrecht. Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Berlin 1930. Herausgegeben von Leske-Loewenfeld.
Friedrichs: Der gestabte Eid. Jur. Rdsch. 1929 S. 70.
Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. II. Bd. 3. Aufl.
Freysold: Eideszuschiebung und eidliche Vernehmung der Parteien. Eine rechtspolitische Studie. Diss. Jena 1916.
Gaedecke: Die kostenrechtliche Bedeutung von Parteivernehmung und Parteianhörung. JW. 1934 S. 656.
Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. I. Teil. 15. Auflage.
Gerland: Die Parteivernehmung nach dem Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung. Judicium 1931 S. 309.
— Englische Rechtsprobleme und die deutsche Zivilprozeßreform. Prozeßrechtliche Abhandlungen. Berlin 1930.
Glaser: Gesammelte kleine Schriften über Strafrecht, Zivil- und Strafprozeß. II. Bd. Wien 1868.
Goldschmidt: Zivilprozeßrecht. 2. Auflage. Berlin 1932.
Gottl: Ungarische Zivilprozeßordnung mit Erläuterungen. Wien 1911.
Gündel: Das neue Zivilprozeßrecht. DRZ 1933 S. 331 ff.
Hartung: Der richterliche Eid. München und Leipzig 1916.
Heilbrunn: Die Parteivernehmung im Zivilprozeßentwurf. DRZ 1932 S. 299.
Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil. Leipzig 1912.
Hendel-Rintelen: Die Parteivernehmung in der Prozeßreform. Judicium 1933 S. 3 ff.
Kade: Zur Einführung der Parteivernehmung. DRZ 1897 S. 181.
— Der Eid und das Recht auf Wahrheit. Berlin 1895.
Klein: Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses. Wien 1900.
Klein-Engel: Der Zivilprozeß Österreichs. Mannheim 1927.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1925.
— Gutachten in den Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages. Bd. I S. 67 ff. Berlin 1892.
Koffka: Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozesse. JW 1913, Beilage zu Heft 15.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Auflage, 4. Bd. Berlin, Leipzig 1929.
Kulemann: Die Eidesfrage. Leipzig 1904.
Leonhard: Die Beweislast, Berlin 1904.
Motosi Kuno: Die Novelle der japanischen Zivilprozeßordnung. Zeitschrift f. ausl. u. internationales Privatrecht. Berlin 1929, 3. Jahrg. Heft 2/3.
Levin: Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis. Berlin 1913.
Loewenthal: Der Gerichtseid. Frankfurt a. M. 1930, 2. Aufl.
Lorenz: Rechtsfolgen der Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. JW 1934 S. 875.
Maelzer: Vernehmung der Partei und Parteieid im reichsdeutschen, österreichischen und künftigen deutschen Zivilprozeß. Leipzig 1931.
Meyer: Strafbarer Prozeßbetrug, DRZ 1934 S. 205.
Münzel: Erfahrungen mit der Zivilprozeßnovelle im oberlandesgerichtlichen Verfahren. DRZ 1934 S. 174 ff.
Neukamp: Parteieid oder eidliche Parteivernehmung? Recht 1901 S. 33 ff., 64 ff.
Neumann: Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen. I. Bd. 4. Aufl. Wien 1927; II. Bd. 4. Aufl. Wien 1928.
Petersen: Eidliche Vernehmung der Parteien oder Parteieid? Sächs. Archiv für bürgerl. Recht u. Prozeß. 4. Bd. 1894 S. 129.
Petschek: Eine gemeinsame Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich und Österreich. Judicium 1929, S. 183.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. II. Bd. München 1896.
Pollak: Beweisverfahren. Judicium 1930 S. 41 ff.
— System des österreichischen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. Wien 1932.
Püschel: Gutachten in den Verhandlungen zum 36. deutschen Juristentage Bd. I S. 716.
— Der Entwurf einer ZPO und die wichtigsten Prozeßmaximen. Jur. Rundschau 1932 S. 61.
Ratzenhofer: Prozeßbeschleunigung durch Parteivernehmung. Gerichtszeitung 1925 S. 107.
Reinhardt: Erfahrungen mit der Zivilprozeßnovelle im landesgerichtlichen Verfahren 1. Instanz. DRZ 1934 S. 153 ff.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berlin 1931.
— Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1933. Zeitschrift f. deutschen Ziv.Proz. 1934 S. 283 ff.
— Verhandlungen zum 36. deutschen Juristentage: Referat. Bd. II S. 670 ff.
Rühl: Die Parteivernehmung. Leipz. Zeitschr. 1930 S. 952.
Sändig: Der Beweis durch Parteivernehmung. Leipzig 1934.
Schmidinger: Die eidliche Vernehmung der Parteien nach dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung, verglichen mit dem Parteieid der Reichszivilprozeßordnung. Diss. Erlangen 1933.
Rich. Schmidt: Die Wahrheitsermittlung im Zivilprozeß. JW 1913 S. 764.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes 2. Aufl. Leipzig 1906.
Schmidt-Volkmar: Die Parteivernehmung nach der neuen ZPO. JW 1933 S. 2884.
Schneider: Über richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im Zivilprozesse. Leipzig 1888.
Schuster: Österreichisches Zivilprozeßrecht. Wien 1907. 4. Auflage.
Skonietzky-Gelpcke: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich. I. Bd. Berlin 1911.
Sperl: Gutachten in den Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages. Bd. I S. 239.
Springer: Reform des Zivilprozesses. Berlin 1911.
Staud: Einiges zur Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Deutsche Justiz 1934 S. 512.
— Die persönliche Anwesenheit der Parteien im Zivilprozeß. Deutsche Justiz 1933 S. 809.
Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis. I. Teil, 10. Auflage. Berlin 1930.

Swoboda: Die Neugestaltung des Zivilprozesses. DRZ 1934 S. 44 ff.
Trutter: Schiedseid oder Parteivernehmung? München 1893.
Vater: Die Parteivernehmung im Zivilprozeßrecht. DRZ 1932 S. 82.
Volkmar: Das neue Zivilprozeßgesetz vom 27. Okt. 1933. JW 1933 S. 2427 ff.
— Grundprobleme der Zivilprozeßreform. Judicium 1930 S. 223.
Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. Bonn 1896.
Wandel: Der Parteieid im Zivilprozeß und die Frage seiner Reformbedürftigkeit bezw. seiner Ersetzung durch die eidliche oder uneidlche Vernehmung der Parteien. Diss. Tübingen 1933.
Wesselsky: Die formelle Wahrheit. Wien 1900.
v. Wilmowsky-Levy: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich. I. Bd. 4. Auflage. Berlin 1886.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0084

INHALTS-VERZEICHNIS

1. Teil: Einleitung 1

2. Teil: § 1: Die drei Arten von Parteierklärungen im Zivilprozesse

a) die informative Sachverhaltserörterung 2
b) die „Parteivernehmung nach § 619 ZPO" 4
c) der „Beweis durch Parteivernehmung" nach den §§ 445 ff. ZPO 5

3. Teil: Die Einwirkung der Parteivernehmung auf die einzelnen prozessualen Grundbegriffe

A. Der Verhandlungsgrundsatz

I. § 2: Das Wesen des Verhandlungsgrundsatzes 6
a) die Verhandlungsmaxime als Prozeßgrundsatz . . 6
b) rechtspolitische Bedeutung des Verhandlungsgrundsatzes 6

II. Einzelnachweis

1) § 3: Freiwilligkeit der Vernehmung
a) kein Erscheinenszwang 9
b) kein unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung der PV 9

2) § 4: Tatsachenprüfung, nicht Tatsachenerforschung
a) die Tatsachenprüfung im Verhältnis zur Tatsachenerforschung 10
b) Parteibestimmung entscheidet über die Beweisbedürftigkeit der Tatsachen 11
c) eine Ausforschungsvernehmung ist unzulässig . . 12
d) die von Amtswegen erfolgende Vereidigung der vernommenen Partei ist keine Inquisition 13
e) freie Beweiswürdigung 13

3) § 5: Beweisherrschaft der Parteien
a) Subsidiarität der Parteivernehmung 13
b) Aussetzung der Parteivernehmung bei Antretung anderer Beweismittel 14
c) Subsidiarität der amtswegigen Parteivernehmung . . 15
d) Subsidiarität der Vereidigung der Partei . . . 15
e) Abhängigkeit der Vereidigung vom Parteiwillen . . 16

4) § 6: Beweislast
a) die Beweislast als Merkmal der Verhandlungsmaxime 16
b) Beibehaltung der Beweislast bei der Parteivernehmung auf Antrag 17
c) die Beweislast bei der amtswegigen Parteivernehmung 19
d) Parteibeweis zur Entkräftung einer Vermutung . . 21

III. § 7: Ergebnis 22

B. Der Grundsatz der Wahrheitsfeststellung im Zivilprozesse

I. § 8: Die Wahrheitsfeststellung im Zivilprozesse . . . 22

II. Die Parteivernehmung als Wahrheitsmittel

1) Formale Fürsorge des Gesetzes
§ 9: Persönliche Voraussetzungen: Vernehmungs- und Eidesfähigkeit 23
§ 10: Anordnung der Parteivernehmung durch Beweisbeschluß 24
§ 11: Vernehmungsmethode: Geschichtserzählung . . . 25
§ 12: Vereidigung:
a) Umfang 26
b) subjektive Richtung: Nur eine Partei 28
§ 13: Sekundäre Wahrheitsmittel 31
2) Sachliche Wertung
§ 14: Freie Beweiswürdigung 33
§ 15: Keine Voraussehbarkeit des Prozeßergebnisses . . 36
III. § 16: Ergebnis 37
C. § 17: Der Grundsatz der Unmittelbarkeit und der Grundsatz der Mündlichkeit
I. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit 38
a) die besondere Bedeutung der Unmittelbarkeit für die Parteivernehmung 38
b) die Unmittelbarkeit als Voraussetzung für Zwischenfragen 38
c) Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit . 39
II. Der Grundsatz der Mündlichkeit 40
D. § 18: Der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung
a) der Grundsatz zur Einheit der mündlichen Verhandlung und die Eventualmaxime 41
b) ist eine Präklusionswirkung verknüpft
1. mit der Anordnung der uneidlichen Parteivernehmung? 41
2. mit der Beendigung der uneidlichen Parteivernehmung? 41
3. mit der Anordnung der Beeidigung? . . . 43
4. nach erfolgter Beeidigung? 44
c) Ergebnis 44
E. § 19: Der Konzentrationsgrundsatz
a) Wegfall des bedingten Endurteils 45
b) der unanfechtbare Beweisbeschluß 45
F § 20: Schlußbetrachtung 46

1. Teil.

EINLEITUNG.

Durch das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933 (RGBl. I S. 780), in Geltung seit dem 1. Januar 1934, hat der „Beweis durch Parteivernehmung" in das Deutsche Zivilprozeßrecht Eingang gefunden, nachdem er schon in den letzten Jahrzehnten zur Verbesserung des bis dahin geltenden Eidesrechtes von vielen Seiten [1]) gefordert war. Über die Bedenken, die man gegen ihn vorgebracht hat und die man oft unter Schlagworten, wie „Aufgabe der Verhandlungsmaxime für den Zivilprozeß" [2]), „zu große Machtvollkommenheit des Gerichts" [3]), „Verstoß gegen das Rechtsbewußtsein des Volkes" [4]) usw. geltend machte, hat sich das Änderungsgesetz in Anlehnung an den Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1931 (Entw.) hinweggesetzt.

Zuerst wurde der Beweis durch Parteivernehmung durch das Gesetz vom 7. 8. 1851 in England eingeführt und von dort aus in das nordamerikanische Recht übernommen.

Das österreichische Gesetz über das Bagatellverfahren vom 27. 4. 1873 kennt die Parteivernehmung bereits als ein subsidiäres Beweismittel, das dann in der österreichischen Zivilprozeßordnung von 1895 allgemeine Geltung erhielt. Auch Japan führte 1898 die Parteivernehmung ein. Es folgten 1911 Ungarn, 1915 Norwegen, später Dänemark und Schweden, 1929 Jugoslavien, 1933 Polen [5]), sodaß mit ganz wenigen Ausnahmen, wie z. B. in Bulgarien, Griechenland, Rumänien und der Türkei der Beweis durch Vernehmung der Parteien in den Zivilprozeßrechten der Kulturstaaten besteht.

Es soll Aufgabe dieser Arbeit sein, zu untersuchen, in wieweit die bis jetzt in dem Deutschen Zivilprozeßrechte herrschenden Prozeßgrundsätze erhalten geblieben, ob und in wieweit sie durch die Einführung der „Vernehmung der Parteien" durchbrochen oder ob neue Prozeßgrundsätze durch sie zur Geltung gelangt sind.

---

1) So u. a. von Bar, Gutachten zum 8. D.J.T., S. 12 ff., Kleinfeller, Gutachten z. 22. D.J.T., S. 67 ff., Canstein, Gutachten z. 22. D.J.T. S. 1 ff:

2) z. B. Trutter, Schiedseid oder Parteivernehmung? S. 38; 64.

3) Schmidt, Lehrbuch des Dt. Zivilprozeßrechtes S. 543.

4) Kulemann, Die Eidesfrage S. 78; Schmidt, Lehrbuch S. 33; 543.

5) Näheres s. bei Rosenberg, Das neue Ziv.Proz.Recht nach d. Ges. vom 27. X. 1933 in ZfZP 1934 S. 315.

2. Teil.

§ 1: DIE DREI ARTEN VON PARTEIERKLÄRUNGEN IM ZIVILPROZESSE.

a) die informative Sachverhaltserörterung.

Die förmliche Parteivernehmung der §§ 445 ff. ZPO ist zunächst abzugrenzen von den sonstigen Parteierklärungen. Diese können, wenn es nicht schon vorher geschehen ist, auf Grund der sog. informativen Befragung durch das Gericht gem. § 139 ZPO abgegeben werden. Auch kann das Gericht das persönliche Erscheinen der Parteien nach § 141 ZPO anordnen, damit die Parteien nunmehr zur Aufstellung von Behauptungen veranlaßt werden können. Beides soll nur der Sachverhaltserörterung dienen. Diese hat den Zweck, durch unmittelbare Aussprache zwischen den Parteien und dem Gericht in der mündlichen Verhandlung den Sachverhalt nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin klarzustellen, und, wenn nötig, zu ergänzen und zu vervollständigen [6]).

In diesem Vorbringen von Tatsachen durch die Parteien liegt die Abgabe von prozessualen Willenserklärungen [7]). Die Parteien verlangen, daß die von ihnen vorgetragenen Tatsachen Berücksichtigung für die Entscheidung des Rechtsstreites finden sollen. Nicht aber enthält es prozessuale Willenserklärungen, da diese Anhörung der Parteien kein Beweismittel im eigentlichen Sinne sein soll, sondern höchstens Beweisthemen ergeben soll. Es sollen durch sie nicht bestrittene Tatsachen bewiesen werden, sondern die Parteien wollen nur in Bezug auf ihren Anspruch ihre Erklärungen abgeben.

Die Parteien können nicht die „informatorische Vernehmung des Gegners" beantragen. Sie dürfen allerdings jederzeit in dieser Hinsicht dem Gerichte Anregungen geben.

Das Gericht wird diesen Anregungen auch meist stattgeben, da § 139 ZPO eine Pflicht für das Gericht begründet, die Parteien zur Aufstellung der tatsächlichen Behauptungen anzuhalten. Es können dann beide Parteien gefragt werden, wohingegen bei der formellen Parteivernehmung grundsätzlich nur die Vernehmung einer Partei stattfindet. Während das Gericht bei der Anhörung der Parteien völlig nach seinem Ermessen entscheiden kann, wann und worüber diese stattfinden soll, darf die förmliche Parteivernehmung nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 445 ff. ZPO erfolgen.

---

6) So auch Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, S. 106; Maelzer, Vernehmung, S. 22; Rosenberg, Lehrbuch § 113, II, 1a; Püschel, Gutachten S. 769; Staudt, Deutsche Justiz 1933 S. 810; Stein-Jonas, Komm. § 141, II, 1; Wandel, Parteieid S. 60.

7) So auch Koffka, Ermittlung der Wahrheit, JW 1913 Beilage zu Nr. 15, S. 5; Stein-Jonas, Vorbem. IV, 3 zu § 128. — A. M. insbes. Hellwig, System, S. 430.

Bei der informativen Befragung legt sich der Richter die Frage vor: „Was wird behauptet?", bei der Parteivernehmung hingegen die Frage: „Was ist wahr?" [8])

Eine förmliche Anordung der informativen Befragung findet nicht statt. Fehlt es an einem Anordnungsbeschlusse, so haben wir es bei einer Partei„erklärung" immer mit ihr zu tun. Ist ein solcher vorhanden, so findet daraufhin nur die Parteivernehmung [9]) statt. Beweisbeschluß und informative Befragung schließen sich gegenseitig aus, weil ein Beweisthema zur Zeit der Befragung völlig unbekannt ist.

Gaedecke verlangt nicht unbedingt einen Beweisbeschluß für die PV [10]). Er will, wenn ein Beweisbeschluß fehlt, aus den Urteilsgründen erkennen, ob es sich um die informative Befragung oder die PV handelt. Gewiß ein unsicheres Unterscheidungsmerkmal! Wozu besteht dann die Vorschrift des § 450 I ZPO, die ausdrücklich bestimmt, daß die PV durch Beweisbeschluß angeordnet wird?

Die Befragung der Parteien bei der kontradiktorischen Sachverhaltserörterung nach §§ 139, 141 ZPO steht nicht im Widerspruche zur Verhandlungsmaxime. Der Richter darf nicht von sich aus neues Tatsachenmaterial in den Prozeß einführen und zur Urteilsgrundlage machen. Da ein Aussagezwang nicht besteht, hat er auch keine Mittel, die Parteien dazu anzuhalten, von sich aus neuen Prozeßstoff beizubringen [11]). Tun sie das nicht, so muß er sich mit den vorhandenen Sachverhalte abzufinden suchen.

Einen gewissen Beweiswert, als Beweisgrund, wird man jedoch der informativen Anhörung der Parteien nicht absprechen können, ohne damit die Anhörung selbst als Beweismittel anzusehen. Denn „Beweisgrund" ist nicht gleichbedeutend mit „Beweismittel" im Sinne von Beweisstoff. So auch Rosenberg, Lehrbuch § 113, II, 1a). Die Aufklärung des Sachverhaltes durch die Parteien vollzieht sich meist in Form einer Geschichtserzählung der Partei. Art und Weise des Auftretens der Parteien, etwaige Widersprüche in ihren eigenen Darstellungen und andere Eindrücke, die der Richter von den Parteien bekommt, wirken auf seine Überzeugung bestimmend ein. Sie kommen dann bei der Beweiswürdigung zur Geltung, die nach § 286 ZPO den gesamten Inhalt der Verhandlung zu berücksichtigen hat. Damit haben sie den genannten Beweiswert, ohne selbst beweisen zu wollen [12]), denn die Möglichkeit der Verwertung der Parteierklärungen

---

8) A. M. Levin, Richterliche Prozeßleitung, S. 135, der nur die eine Frage anerkennen will: „Wie hat sich die Sache abgespielt?" und der damit einen Unterschied zwischen Parteivernehmung und informativer Befragung verneint.

9) Von nun an kurz als PV bezeichnet.

10) „Kostenrechtliche Bedeutung" in JW 1934, S. 656.

11) So auch Baumbach § 141 Anm. 4.

12) So auch Rosenberg, Lehrbuch, § 63, II, 3a; a. M. z. B. Levin a.a.O. S. 134 f.; Gerland, Judicium, 3. Jahrg. S. 322, Planck, Lehrbuch II, S. 104 f.; wohl auch Baumbach § 141 Anm. 4 und Vater, DRZ 1932 S. 83, die in der inform. Befragung selbst ein Beweismittel sehen wollen.

bei der informativen Befragung als Beweisgrund ist nicht Selbstzweck dieser Erklärungen [13]).

Die Anhörung der Parteien soll vielmehr dazu dienen, die Beweisaufnahme vorzubereiten oder sogar entbehrlich zu machen; da der Richter das Streitige von dem Unstreitigen und das Erhebliche von dem Rechtsunerheblichen zu trennen hat, ist eine Beweisaufnahme u. U. nach der informativen Befragung nicht mehr erforderlich. Jedenfalls wird der Tatsachenkomplex auf den sich die PV später erstrecken kann, durch die informative Befragung wesentlich eingeengt werden.

In der Mehrzahl der Fälle wird sich ein Beweis jedoch nicht ohne weiteres erübrigen und der Richter muß dann auf andere Weise versuchen, die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Tatsachen zu erlangen. Die förmliche PV ist deshalb trotz vorhergegangener informativer Befragung durchaus nicht überflüssig, zumal erst sie den Parteien die Möglichkeit vor Augen führt, daß sie ihre Aussagen u. U. zu beeiden haben [14]).

Die informatorische Befragung ist wie sich aus all dem ergibt, grundsätzlich nur ein Mittel, um die Parteibehauptungen klarzustellen. Für eine wissentlich unwahre Behauptung besteht, wie das Reichsgericht [15]) in ständiger Rechtsprechung angenommen hat, keine strafrechtliche Sanktion. Denn der Richter darf einseitiges Vorbringen nicht ohne eine Prüfung seiner Entscheidung zu Grunde legen [16]). Dieser Grundsatz kann aber nur dann praktische Bedeutung haben, wenn die Partei sich vor Gericht vertreten läßt. Ist sie persönlich anwesend, so wird der Richter ohne weiteres seinen Eindruck von ihr und ihren Behauptungen bei seinem Urteile als Beweisgrund berücksichtigen. Die informatorische Befragung ist daher insoweit praktisch von der formellen Vernehmung nicht zu unterscheiden. Sagt die anwesende Partei bewußt die Unwahrheit, so wirkt sie unmittelbar auf die Vorstellung des Richters ein mit dem Ziele, ihn zum Erlasse einer ihr günstigen Entscheidung zu veranlassen. Der Richter wird durch sie getäuscht. Ihr Verhalten ist maßgebend für sein Urteil, das sich als schädigende Disposition über das Vermögen des Verurteilten darstellt. Sie macht sich daher sowohl bei der informativen Befragung, wie bei ihrer formellen Vernehmung des Prozeßbetruges schuldig.

b) Die „Parteivernehmung nach § 619 ZPO".

Als eine weitere Möglichkeit, Erklärungen der Parteien für die Entscheidung in einem Rechtsstreite zu verwenden, kennt die ZPO die „Vernehmung" der Parteien in Ehesachen nach § 619 ZPO. Auch diese dient der Vervollständigung des Parteivorbringens; sie ist

13) Anders bei der PV.
14) A. M. auch hier Levin a.a.O.
15) So z. B. RGSt. Bd. 42, 410; 63, 391; 65, 34 u. a.
16) So auch Benkendorff, DRZ 1934 S. 206; a. M. z. B. Baumbach § 452 Anm. 1; Meyer, DRZ 1934 S. 203.

gleichfalls kein Beweismittel; sie wirkt, wie die informative Anhörung der Partei deshalb höchstens mittelbar auf die Bildung der richterlichen Überzeugung ein, wenn sich durch sie für den Richter das Sachverhältnis objektiv geklärt hat. Ihre Bedeutung ist allerdings gegenüber den bloßen Parteivorträgen gehoben: Nach § 619 ZPO ist die Anordnung des persönlichen Erscheinens zur Vernehmung möglich. Durch § 141 ZPO kann zwar auch das persönliche Erscheinen der Partei angeordnet werden, jedoch genügt die Partei ihrer Erscheinenspflicht, wenn sie zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur Aufklärung in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen ermächtigt ist. Der Zweck des persönlichen Erscheinens ist hier lediglich die Aufklärung, Erläuterung und Vervollständigung des Sachverhaltes. Die Vernehmung nach § 619 ZPO ist, wenn sie auch selbst nicht Beweismittel ist, doch immerhin beweismäßig zu werten. Mit Recht bezeichnet Baumbach [17]) die Vernehmung nach § 619 ZPO nach Einführung des Beweises durch PV als einen Anachronismus. Man wird sie jetzt als Mittelding zwischen Beweiserhebung durch PV und Aufklärungsanhörung ansehen können. Sie wird öfter, als die informative Befragung, eine förmliche Beweisaufnahme durch PV erübrigen können.

Auch bei der Vernehmung nach § 619 ZPO ist eine wahrheitsgemäße Aussage trotz der im § 138, I ZPO aufgestellten Wahrheitspflicht wegen der mangelnden Durchsetzbarkeit nicht gewährleistet. Es fehlt auch hier der Druck, die „Parteiaussage" später einmal beeiden zu müssen, wie es z. B. in den §§ 286 bei der Schadensfeststellung und 426 ZPO im Urkundenbeweise zulässig ist.

In Ehesachen besteht demnach für das Gericht die Möglichkeit, neben der förmlichen PV auch die Vernehmung nach § 619 ZPO anzuordnen. Auch die Beibehaltung dieser „Vernehmung" spricht dafür, daß in ihr ein Beweismittel nicht zu sehen ist, da nicht angenommen werden kann, daß für ein bestimmtes Verfahren zwei Beweismittel gleicher Art zur Verfügung stehen sollen [18]).

Auch fehlt im § 619 ZPO der zu einem Beweisverfahren erforderliche Beweisanordnungsbeschluß.

c) Der „Beweis durch Parteivernehmung" nach den §§ 445 ff. ZPO.

Als Beweismittel im eigentlichen Sinne dient die Partei allein bei ihrer formellen Vernehmung, die durch einen Beweisbeschluß vom Gericht angeordnet wird. Ihre Erklärungen sind bei der PV, anders wie bei der informativen Befragung reine Wissenserklärungen. Nur durch die PV in diesem (engeren) Sinne — bestehend aus

---

17) Anm. 1 zu § 619.

18) So auch Gaedecke a.a.O. S. 657; a. M. Förster, Komm. § 619, Anm. 1; Skonietzky-Gelpcke § 619, Anm. 5; RGRKomm. § 1568 BGB Anm. 10; OLG Karlsruhe in JW 1925, S. 2370.

der uneidlichen Vernehmung und der Beeidigung der Aussage [19]) — soll dem Richter die volle Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Parteivorbringens verschafft werden. Nur sie soll Gegenstand der weiteren Betrachtung sein, nachdem nachgewiesen ist, daß sie mit den anderen Parteierklärungen nicht identisch ist. Sie hat diese jedoch zur Grundlage, sobald ein Beweis erforderlich wird.

3. Teil.

DIE EINWIRKUNG DER PARTEIVERNEHMUNG AUF DIE EINZELNEN PROZESSUALEN GRUNDBEGRIFFE.

A. Der Verhandlungsgrundsatz.

I. § 2. Das Wesen des Verhandlungsgrundsatzes.

a) Die Verhandlungsmaxime als Prozeßgrundsatz.

Unter Verhandlungsmaxime versteht man die Tätigkeit der Parteien, die in sachlicher Hinsicht für den Richter die Urteilsgrundlage beschaffen soll. Dabei ist zu unterscheiden:

1. positiv: Das Vorbringen durch Antragsstellen, an das sich der Richter zu halten hat. (§ 308 ZPO).
   aa) Die Parteien behaupten die Tatsachen, auf die sich der von ihnen geltend gemachte Anspruch begründet. (§§ 136, 138 II ZPO);
   bb) Die Parteien benennen dafür ihre Beweismittel. (§ 282 ZPO).
2. negativ: Die Parteien können auch während des Rechtsstreites frei disponieren:
   aa) hinsichtlich der ihren Anspruch begründenden Tatsachen. (§§ 288, 138, III ZPO).
   bb) hinsichtlich ihres Anspruches selbst. (§§ 306, 307 ZPO).

Die PV kann, wenn überhaupt, auf die Verhandlungsmaxime nur Einfluß haben, soweit es sich um das tatsächliche Vorbringen der Parteien und um die Beweiserhebungen handelt.

b) Rechtspolitische Bedeutung des Verhandlungsgrundsatzes.

I, 1. Die sog. klassische Schule sieht in dem Zivilprozeß ein rechtlich geordnetes Verfahren zur Durchsetzung, Feststellung und Sicherung von privatrechtlichen Ansprüchen. Sie lehrt [20]): Die Ver-

19) Das Gesetz spricht ungenau von der „eidlichen PV", z. B. § 670, II; § 975 ZPO.

20) So Stein-Jonas, Vorbem. II, 2 zu § 128; Stölzel, Schulung S. 36; Wach, Vorträge, S. 239.

wirklichung dieser Ansprüche habe der Staat in seine Hand genommen, da die Parteien sonst nicht in der Lage seien, ihr Recht zu erhalten. Die Selbsthilfe, die an sich ein Mittel dazu wäre, sei nur bei Völkern niedrigster Kulturstufe unumschränkt zulässig. Sie könne nicht in Einklang gebracht werden in einem geordneten Staatswesen und dem höheren Kulturzustande eines Volkes, da sie zu oft Gewalt vor Recht ergehen ließe. Sie könne auch höchstens bei Ansprüchen auf Leistung, nicht aber bei solchen auf Feststellung dem Berechtigten zum Siege verhelfen. Der Staat aber habe den inneren Frieden zu sichern und müsse daher die Selbsthilfe nach Möglichkeit beschränken. Aus diesem Grunde stelle er den streitenden Parteien seine Hilfe zur Verfügung. Er verleihe ihnen einen Rechtsschutzanspruch, der sich als subjektives Recht seiner Bürger darstelle. Der Rechtsstreit selbst sei nur um der streitenden Partei willen da: Ihre Privatinteressen, für den Staat also fremde Interessen, sollten durch ihn geschützt werden. In diesem Prozesse herrsche der bekannte Grundsatz des laisser faire, laisser aller; die Parteien seien die domini litis. Sie bestimmten die Ingangsetzung des Verfahrens, sie bestimmten darüber, welchen Sachverhalt der Richter seiner Entscheidung zu Grunde zu legen habe. Denn sie führten ja die Tatsachen, auf die sich ihr materielles Recht stütze, selbst in den Prozeß ein und benennen dafür ihre Beweismittel. Der Richter habe lediglich eine passive Rolle zu spielen. Auch die Entscheidung, die in diesem Zivilprozesse ergehe, berühre ausschließlich die sich streitenden Parteien. „Die privatrechtliche Natur der Streitsache nötigt zum prinzipiellen Verzicht auf die Feststellung der materiellen Wahrheit“ [21]). Die Wahrung der richterlichen Objektivität und die Dispositionsbefugnis der Parteien forderten keine Vollständigkeit des Prozeßstoffes. Weil die Parteien auch außerhalb des Rechtsstreites über den Streitgegenstand beliebig verfügen könnten, dürfe diese Befugnis auch während des Rechtsstreites durch einen Eingriff des Staates in keiner Weise beeinträchtigt werden.

I, 2. Gegen diese, jetzt wohl im wesentlichen überwundene Auffassung über das Wesen des Zivilprozesses wendet sich die moderne Lehre im Anschlusse an die österreichische Zivilprozeßordnung. Auch sie sieht in dem Zivilprozeß eine Einrichtung des Staates, die aber als Rechtsschutzeinrichtung eine soziale Bedeutung hat. Der Prozeß ist nach dieser Ansicht eine Kultureinrichtung für einen Fall sozialer Not, dem der Staat seine Fürsorge zugesagt hat. „Er ist eine der Wohlfahrt der Gesellschaft dienende Einrichtung“ [22]). Greift nun der Staat in einen Streit über ein privates Recht ein, so will er nicht über einen durch geschickte Prozeßtaktik geschaffenen Sachverhalt entscheiden. Er hat vielmehr die Aufgabe, den materiell Berechtigten zum Siege zu verhelfen. Sein Urteil muß daher einen der Wirk-

21) Wach, Vorträge S. 199.
22) Klein-Engel, Der Ziv.Proz. Österr. S. 186 ff.

lichkeit entsprechenden Sachverhalt zur Grundlage haben. Das zu erreichen ist das Hauptziel des modernen Zivilprozesses, dem es sonst an einer sozialen Berechtigung fehlt [23]).

Das entspricht auch Abs. II der Einleitung zum Änderungsgesetze, wo es heißt: „Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewußt sein, daß die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient".

Insofern hat der Staat ein besonderes Interesse an der Durchführung des Zivilprozesses [24]).

Um dieses Ziel, einen wahren Sachverhalt seinem Urteil zu Grunde legen zu können, zu erreichen, muß das Gericht die Tatsachen kennen, auf die sich der materiell-rechtliche Anspruch der Recht suchenden Parteien gründet. „Judicieren ist Kennen der Tatsachen" [25]). § 178 öZPO schreibt den Parteien aus diesem Grunde eine allgemeine Wahrheitspflicht vor. Ihm folgt das Änderungsgesetz vom 27. Oktober 1933 im § 138 Abs. I.

II. Grundsätzlich ist das Ziel des Rechtsschutzes, die Feststellung der Tatsachenwahrheit, sowohl durch die Verhandlungsmaxime, wie durch die Inquisitionsmaxime erreichbar [26]). Welche von beiden in ein Zivilprozeßrecht eingeführt wird, ist eine Frage der prozessualen Zweckmäßigkeit [27]), die durch die Erfahrungen, die man gemacht hat, zu Gunsten der kontradiktorischen Verhandlungsform und des Verhandlungsgrundsatzes entschieden ist. „Die Wahrheit wird aus beider Parteien Mund besser kund, als durch eine gerichtliche Untersuchung" [28]). Die Parteien mit ihrem entgegengesetzt gelagerten Interessen tragen in der Regel den wahren Sachverhalt dem Richter schon um ihrer selbst willen möglichst vollständig vor. Sie gestehen grundsätzlich auch nur solche Tatsachen zu, deren Wahrheit sie sich beide genau bewußt sind. Auch für ein auf dem Verhandlungsgrundsatze aufgebautes Verfahren besteht demnach durchaus die Möglichkeit, das Ziel, die Tatsachenwahrheit festzustellen und einen so ermittelten wahren Sachverhalt dem Richter als Urteilsgrundlage zu unterbreiten, zu erreichen. Damit kann die Verhandlungsmaxime in einem modernen Zivilprozeßrecht noch als Prozeßgrundsatz gelten, da das Interesse des Staates an dem Rechtsstreite der Parteien seine besondere Berücksichtigung erst in der näheren Gestaltung des auf

---

23) In diesem Sinne: Bohn, Mängel, S. 3 u. a.; Canstein, Rationelle Grundlagen, S. 29 f.; Kade, Der Eid und das Recht auf Wahrheit, S. 84; Kleinfeller, Gutachten z. 22. DJT. S. 202; Maelzer a.a.O. S. 52; Püschel, Gutachten z. 36. DJT. S. 773 f.; Schneider, Richterliche Ermittlungen, S. 102.

24) So u. a. Abraham, Formenfreiheit in ZfZP Bd. 50 S. 38; Freysold, Eideszuschiebung u. eidliche Vernehmung, S. 16; Maelzer a.a.O. S. 51; Püschel, Gutachten z. 36. DJT. S. 773 ff., bes. S. 784; Kulemann, Zur Eidesfrage, S. 43; a. M. Schmidt, Lehrbuch S. 3.

25) Bähr, Jahrb. Dogm. Bd. 23, S. 394.

26) s. dazu Bohn, a.a.O. S. 3.

27) Pollack, System S. 472.

28) Rosenberg, Lehrbuch, S. 196.

der kontradiktorischen Form und der Verhandlungsmaxime aufgebauten Verfahrens findet[29]), insbesondere durch Einführung der Wahrheitspflicht, durch die Stärkung der richterlichen Prozeßleitungsbefugnisse und der damit verbundenen Minderung der Parteirechte und durch eine gesteigerte Durchführung der Konzentrationsmaxime.

Es hat sich gezeigt, daß die Verhandlungsmaxime auch einem modernen Prozeßrechte zur Feststellung eines der Wirklichkeit entsprechenden, wahren Sachverhaltes dienen kann. Gegenstand der weiteren Untersuchung soll sein, ob auch im geltenden deutschen Zivilprozeßrechte noch die Verhandlungsmaxime besteht oder, ob die Parteivernehmung sie eingeengt oder beseitigt hat.

Das Wort „Vernehmung" hat, wie zugegeben ist, einen inquisitorischen Anklang, und es scheint, als ob der Richter nach allen Seiten hin die Partei auf Herz und Nieren nach seinem Gutdünken prüfen, d. h. vernehmen könnte.

II. Einzelnachweis:

1. § 3: Freiwilligkeit der Vernehmung.

a) Kein Erscheinungszwang.

§ 141 ZPO, durch den das persönliche Erscheinen der Partei angeordnet werden kann, gilt nur für die informative Befragung, nicht aber für die Partei, die im Prozesse als Beweismittel, als Beweisobjekt auftritt[30]). Als „bloße Partei", als Prozeßsubjekt, kann sie durch einen Repräsentanten erscheinen, und das will § 141 ZPO wenigstens zur Weiterführung des Rechtsstreites und zur Aufklärung des Sachverhaltes erreichen. Als Beweismittel dagegen ist die Partei in dem Rechtsstreite unvertretbar, denn eine Vertretung für eine unmittelbare Wissensquelle ist nicht möglich. Daher besteht eine Erscheinenspflicht der Partei allein bei der informativen Befragung.

b) Kein unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung der PV.

Eine Pflicht zur Aussage, wie sie im § 390 ZPO für die Zeugen ausgesprochen ist, gibt es für die Partei nicht. Die Aussagepflicht ist für die PV nicht, wie die anderen Vorschriften des Zeugenbeweises durch § 451 ZPO übernommen und kann infolgedessen keine Anwendung finden. Im Zusammenhange damit steht, daß die Partei ein Aussageverweigerungsrecht nicht hat, wie es beim Zeugenbeweise in einzelnen vom Gesetze enumerativ aufgezählten Fällen besteht (§§ 383 ff. ZPO). Da die Partei zur Aussage nicht gezwungen werden kann, darf sie ihre Aussage stets und nicht nur ausnahmsweise verweigern.

---

29) Zutreffend Stein-Jonas, § 128, Vorbem. I, 1.

30) so auch Skonietzky-Gelpcke, § 141 Nr. 5; Wach, Vorträge S. 75 f.; Volkmar, JW 1933 S. 2433; Wilmowsky-Levy, § 132 Nr. 4. A. M. u. a. Levin, Prozeßleitung, S. 131 f.; Planck, Lehrbuch II, S. 104; Schneider, Ermittlung § 17.

Das wird durch die §§ 446, 453 ZPO ausdrücklich klargestellt, wo es heißt: „Lehnt der Gegner es ab, sich vernehmen zu lassen ..." und „verweigert die Partei die Aussage ...". Das Gesetz selbst rechnet also mit der Möglichkeit, daß die zu vernehmende Partei ihre Vernehmung aus irgendwelchen Gründen ablehnt.

Die zu vernehmende Partei handelt vielmehr im wohlverstandenen eigenen Interesse, wenn sie sich der Vernehmung unterzieht. Sie befindet sich, auch wenn ihre Vernehmung von Amtswegen angeordnet wird, wie die beweisbelastete Partei [31]) in einer Lage, in der sie um ihres eigenen Vorteils willen tätig wird, ohne selbst der anderen Partei oder dem Gerichte gegenüber eine unmittelbare Verpflichtung dazu zu haben. Es besteht daher für sie eine „Vernehmungs- oder Aussagelast", weil der Richter, wenn sich die Partei nicht vernehmen läßt, nach §§ 453, 286 ZPO ihr Verhalten grundsätzlich zu ihrem Nachteile würdigen wird.

Die Partei muß sich also, um vernommen werden zu können, freiwillig der Vernehmung unterziehen. Es beruht daher, wie für die beantragende Partei, die ihren Antrag freiwillig stellt, auch die Ausführung der PV auf einem prozessualen Dispositivakte der Parteien. Es ist das kein Dispositivakt über den ganzen Anspruch oder über einzelne Tatsachen, denn diese werden nicht, wie z. B. auf Grund des Geständnisses, auf Grund der Aussage der Partei vom Richter als wahr hingenommen; nur insoweit kann von einem Dispositivakte die Rede sein, als Antrag und Vernehmung auf dem freien Parteiwillen beruhen und dieser bei der antragsgemäßen Vernehmung auch die Person des Vernehmungs- und Schwurpflichtigen bestimmt (besonders § 447 ZPO).

Die Vereidigung der Partei ist gleichfalls nicht erzwingbar. Ein mittelbarer Zwang ist allein die später einsetzende freie richterliche Beweiswürdigung. Auch hier wieder besteht nur eine „Last" der Partei, sich vereidigen zu lassen. Es ist also den Parteien überlassen, wie weit sie die ihnen zu Gebote stehenden Beweismittel benutzen und ausnutzen wollen.

2. § 4: Tatsachenprüfung, nicht Tatsachenerforschung.

a) Die Tatsachenprüfung im Verhältnis zur Tatsachenerforschung.

Bei der Tatsachenprüfung besteht die Tätigkeit des Gerichts darin, das Material, das ihm von den Parteien unterbreitet wird, sei es ohne weiteres, sei es nach Ausübung der richterlichen Aufklärungs- und Fragepflicht des § 139 ZPO auf seine Wahrheit hin zu „untersuchen".

Bei der Tatsachenerforschung dagegen ist es Sache des Gerichts, sich das Material, das es zur Urteilsgrundlage verwerten will, selbst zu beschaffen.

---

31) s. S. 17.

b) Parteibestimmung entscheidet über die Beweisbedürftigkeit der Tatsachen.

Als Beweismittel ist die PV, wie auch die meisten anderen Beweismittel, grundsätzlich nur zulässig zum Beweise von Tatsachen (§ 445, Abs. I ZPO), d. h. von Wahrnehmungsurteilen über Geschehnisse und Zustände in der Außenwelt und in dem menschlichen Seelenleben, die die Rechtsordnung zur Voraussetzung ihrer Wirksamkeit macht [32]).

Die Partei kann jetzt grundsätzlich auch — im Gegensatze zum früheren Rechte (§§ 445, 447 ZPO a. F. — über sog. „fremde Tatsachen" vernommen und vereidigt werden. Es können daher nicht nur ihre eigenen Handlungungen oder Wahrnehmungen, sondern auch Handlungen und Wahrnehmungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter Gegenstand der Vernehmung und Vereidigung sein. Eine Ausnahme davon bildet allein § 455 Abs. II ZPO, der bei vernehmungs- und eidesfähigen Minderjährigen, sowie bei den wegen Geistesschwäche oder Trunksucht Entmündigten oder unter vorläufige Vormundschaft Gestellten nur die Vernehmung und Vereidigung über diejenigen Tatsachen gestattet, die in ihren eigenen Handlungen bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind.

Bewiesen werden brauchen nur diejenigen erheblichen Tatsachen, die streitig sind, d. h. die nicht bereits bewiesen oder zugestanden sind (§ 288 ZPO) oder als zugestanden gelten (§138, III ZPO) und die nicht offenkundig sind (§ 291 ZPO). Nur diese Tatsachen können daher auch Gegenstand der PV sein. Das gleiche gilt für die amtswegige PV. Auch sie darf nur über die von den Parteien behaupteten streitigen Tatsachen stattfinden. § 448 ZPO spricht ausdrücklich von einer zu „erweisenden Tatsache" was nichts anderes heißen kann, wie früher im § 475 ZPO a. F. Zu erweisen ist aber eine Tatsache nur, solange sie noch streitig ist.

Der Beweisbeschluß, der die PV anordnet, kann daher nur eine streitige Tatsache zum Inhalte haben. Er muß genau das Beweisthema angeben, über das die Partei vernommen werden soll. Über andere Tatsachen darf sie nicht abgehört werden. Die Parteien bestimmen also grundsätzlich darüber, welche Tatsachen als beweisbedürftig in den Prozeß eingeführt werden.

Ausgeschlossen ist die PV, allerdings im Gegensatze zu anderen Beweismitteln, über solche Tatsachen, deren Gegenteil das Gericht bereits für erwiesen erachtet. Dieser Fall kann eintreten z. B. auf Grund einer bereits erfolgten Beweisaufnahme, ferner auf Grund von Indicien mit Hilfe von Erfahrungssätzen, kraft einer gesetzlichen Beweisregel oder auch auf Grund des Inhaltes der mündlichen Verhandlung. In dieser Bestimmung des § 445 Abs. II ZPO

32) Rosenberg, § 114, I.

liegt eine gewisse Einschränkung des Parteieinflusses auf die Beweisbedürftigkeit, die aber schon im früheren Rechte bestand (§ 446 ZPO a. F.).

Sind von einer Partei behauptete Tatsachen von der Gegenpartei zugestanden, so kann diese der Richter von sich aus nicht auf ihre Wahrheit hin prüfen. Die Parteien haben es durch die Geständniswirkung in der Hand, welche Tatsachen sie in den Prozeß als beweisbedürftig einführen wollen; sie sind aber durch die im § 138 Abs. I ZPO aufgestellte Wahrheitspflicht gehalten, ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben und daher nur wahre Tatsachen zuzugestehen. Erfahrungsgemäß wird auch infolge der verschiedenen Interessenlagen der Parteien nur dann eine Tatsache zugestanden, wenn diese wahr ist oder ein Gegenbeweis völlig aussichtslos er scheint. Für die Beibehaltung des Verhandlungsgrundsatzes hinsichtlich der Beibringung des Tatsachenmaterials spricht also, daß die Parteien die von ihnen behaupteten Tatsachen beweislos stellen und damit die PV ausschließen oder ihr ein Ende machen können, wenn sie bereits begonnen hat. Denn die Geständniswirkung, die im Inquisitionsverfahren nicht besteht, (z. B. §§ 617, 640 ZPO) bedeutet einen wesentlichen Ausfluß der Verhandlungsmaxime. Die Parteien sind es also, die darüber zu entscheiden haben, welche Tatsachen der Richter seinem Urteile zu Grunde zu legen hat.

c) Eine Ausforschungsvernehmung ist unzulässig.

Das Gericht kann daher von sich aus nicht über eine beliebige Tatsache, an deren Aufklärung ihm für die Urteilsfindung besonders liegt, die PV gemäß § 448 ZPO anordnen. Es kann höchstens im Rahmen der Prozeßleitung den Parteien anheimstellen, ihrerseits die betreffenden erheblichen Tatsachen vorzubringen. Erst wenn das geschehen ist, kann, falls die anderen Voraussetzungen gegeben sind, die Anordnung der PV von Amts wegen erfolgen.

Eine Ausforschungsvernehmung, d. h. eine Vernehmung hinsichtlich nicht im Beweisbeschlusse angegebener oder nicht beweisbedürftiger, unstreitiger Tatsachen jedoch darf weder durch den Richter noch durch die andere Partei stattfinden. Es findet daher auch durch die amtswegige PV nur eine amtliche Nachprüfung der von den Parteien als beweisbedürftig erklärten Tatsachen statt. Eine Erforschung des Tatsachenmaterials jedoch ist dem Richter auch durch die amtswegige PV nicht möglich. Es besteht also keine Inquisition, denn diese bedeutet die Möglichkeit für das Gericht von sich aus Tatsachen, die von Parteien nicht vorgebracht sind, zu erforschen und Beweise von sich aus zu erheben, ohne daß die Parteien einen Einfluß auf die Feststellung der Beweisbedürftigkeit der Tatsachen haben.

d) Die von Amts wegen erfolgende Vereidigung der vernommenen Partei ist keine Inquisition.

Auch durch die von Amts wegen angeordnete Beeidigung der Aussage der vernommenen Partei gemäß § 452 ZPO findet eine Inquisition durch das Gericht nicht statt. Das Gericht kann zwar die Beeidigung der vernommenen Partei von sich aus ohne einen ausdrücklich dahingehenden Antrag anordnen. Durch die Vereidigung aber können nicht Tatsachen bewiesen werden, die nicht bereits Gegenstand der uneidlichen Vernehmung gewesen sind. Diese Tatsachen aber werden, wie eben dargelegt[33]), von den Parteien selbst als beweisbedürftig bezeichnet. Nur insoweit kann das Gericht auch die Vereidigung einer Partei anordnen. Es hat daher zwar das Recht, von sich aus die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen auf ihre Wahrheit hin zu prüfen, nicht aber kann es von sich aus die absolute Tatsachenwahrheit erforschen.

e) Freie Beweiswürdigung.

Ebenso, wie unmittelbare Zwangsmaßnahmen zur Durchführung der PV im Gesetze nicht vorgesehen sind, so findet auch keine zwangsläufige Beurteilung der Aussage = oder der Eidesverweigerung mehr in Form der sog. poena confessi statt. Beides ist durch die freie richterliche Beweiswürdigung ausgeschlossen. Das Gericht ist durch die freie Beweiswürdigung nicht mehr an die Parteierklärungen gebunden, sondern es hat das Recht, die Tatsachen auf ihre Wahrheit hin zu prüfen, nicht aber, rechtserhebliche Tatsachen zu erforschen. Insoweit ist der Verhandlungsgrundsatz eingeengt.

3. § 5: Beweisherrschaft der Parteien.

a) Subsidiarität der Parteivernehmung.

Die PV ist nicht schlechthin als Beweismittel zulässig, sondern nur dann, wenn der einer Partei obliegende Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, oder, wenn von ihr andere Beweismittel nicht vorgebracht sind. (§ 445 ZPO). Diese Subsidiarität der PV hat ihren Grund in der Erwägung, daß die am Prozeßergebnisse besonders interessierten Parteien ein schlechtes und daher nur im äußersten Notfalle anzuwendendes Beweismittel sind. Da sie aber zumeist die weitaus größte Sachkenntnis der von ihnen behaupteten Tatsachen haben, kann auf ihre Aussage, insbesondere dann, wenn andere Beweismittel nicht vorhanden sind, nicht verzichtet werden.

Die PV steht grundsätzlich am Schlusse eines Beweisverfahrens. Das hat auch für die vereinbarte PV nach § 447 ZPO zu gelten. Sie steht insoweit unter denselben Voraussetzungen, wie die PV

---

33) s. S. 11 f.

auf Antrag der beweispflichtigen Partei nach § 445 ZPO. Auch hierin liegt ein Gegensatz zur formlosen informativen Befragung der Parteien; diese ist während des ganzen Verfahrens, wenn es das Gericht für nötig erachtet, zulässig. Sie ist nicht subsidiär.

Infolge der Subsidiarität kann in einem Beweisbeschlusse nicht eine Kumulierung der Beweismittel mit der PV stattfinden, z. B. die Vernehmung eines Zeugen und die PV angeordnet werden. Will man die PV mit einem anderen Beweismittel in einem Beschlusse anordnen, so wird man den Beweisbeschluß so fassen müssen, daß man z. B. zunächst die Zeugenvernehmung und erst dann, wenn diese nicht zur Bildung der richterlichen Überzeugung ausreichen sollte „notfalls" die PV anordnet. Unbedingt einen besonderen Beweisbeschluß für die PV zu erfordern [34]), wäre zu formalistisch. Es wird auch durch das Gesetz nicht vorgeschrieben. Ob die PV dann stattfindet, das entscheidet sich erst nach erfolgter Beweisaufnahme durch die anderen Beweismittel. Der Richter wird, wenn diese zu keinem Ergebnisse geführt haben, zur PV greifen müssen, wenn sie beantragt ist; denn er kann eine Klageabweisung nicht mit dem Mangel einer Überzeugung von der Wahrheit oder der Unwahrheit der entscheidenden Tatsachen begründen, solange ihm dieses Beweismittel noch zur Verfügung steht [35]), will er keinen Revisionsgrund durch die Ablehnung des Antrages auf PV schaffen.

b) Aussetzung der PV bei Antretung anderer Beweismittel.

Tritt die Partei zusammen mit der PV noch Beweis durch andere Beweismittel an, so ist dieser zuerst zu erheben. Ist die PV — auch die amtswegige nach § 448 ZPO — bereits durch Beschluß angeordnet, so kann nach § 450 Abs. 2 ZPO die Ausführung des Beschlusses ausgesetzt werden, wenn über die zu beweisenden Tatsachen neue Beweismittel vorgebracht werden. Das Gericht wird auch die Ausführung des die PV anordnenden Beschlusses immer aussetzen, wenn es sich nur einigen Erfolg davon verspricht, d. h. wenn die Vernehmung sich aller Voraussicht nach später erübrigen wird. Die Partei soll eben nur in Ausnahmefällen zu Beweiszwecken herangezogen werden, da die PV ein Beweismittel geringeren Grades ist. Allerdings ist immer darauf zu achten, ob sich die Benennung der anderen Beweismittel nicht als verspätet darstellt und das nachträgliche Vorbringen nicht nach §§ 283, II, 279; 279 a ZPO unberücksichtigt zu bleiben hat.

Erachtet das Gericht nach Erhebung der anderen Beweise die Beweisfrage für geklärt, so bleibt der die PV anordnende Beschluß unerledigt. Das Gericht kann aber auch den Beschluß aufheben. Ist die Beweisfrage noch nicht geklärt, so findet nunmehr ohne weiteren Beschluß die PV statt.

---

34) so Klein, Vorlesungen, S. 174; Neumann, Komm. S. 1092; Schuster, österr. Ziv.Proz.Recht S. 354.

35) Neumann, Komm. S. 1092.

Eine Folge davon ist, daß, wenn der Beweis durch andere Beweismittel bereits geglückt ist, durch die PV ein Gegenbeweis nicht angetreten und erbracht werden kann (negative Seite der Subsidiarität). Diese Subsidiarität der PV mit ihren sämtlichen Auswirkungen spricht für die Beibehaltung des Verhandlungsgrundsatzes, weil die Parteien das übrige Beweisergebnis durch ihre Beweisanträge entscheidend bestimmen. Die Parteien sind es, die auf die Anwendung der Beweismittel insbesondere der PV entscheidenden Einfluß haben.

c) Subsidiarität der amtswegigen Parteivernehmung.

Bei der PV, die von Amts wegen angeordnet wird, muß das Ergebnis der Verhandlungen oder einer etwaigen Beweisaufnahme zur Begründung der richterlichen Überzeugung nicht ausgereicht haben (§ 448 ZPO). Es ist also entweder eine Beweisaufnahme erfolgt und der Beweis nicht vollständig geführt — denn der Richter ist ja nicht überzeugt — oder es sind Beweismittel nicht vorgebracht und das Ergebnis der Verhandlungen, das wenigstens etwas zu Gunsten des Beweislastträgers ergeben haben muß, kann den Richter nicht überzeugen. Daraus ergibt sich, daß auch die amtswegige PV in gewissem Sinne subsidiär ist [36]). Sie ist nur dann zulässig, wenn andere Beweismittel nicht zum Erfolge geführt haben, oder, wenn bereits Beweisargumente für die zu erweisende Tatsache, wenn auch nur in geringem Umfange, bestehen. Sie dient also immer nur als Ergänzung. Das Gericht kann aber ausnahmsweise darlegen, daß auch die Erhebung anderer von den Parteien angetretener Beweise die PV nicht überflüssig machen würde [37]). Das widerspricht nicht dem grundsätzlichen Erfordernisse, daß die PV erst nach Erschöpfung anderer Beweismittel erfolgen darf; denn andere wirksame Beweismittel sind ja nicht vorhanden.

d) Subsidiarität der Vereidigung der Partei.

Die Vereidigung der Partei auf ihre Aussage ist gemäß § 452 ZPO wieder subsidiär [38]). Nur, wenn das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht ausreicht, um das Gericht von der Wahrheit oder der Unwahrheit der zu erweisenden Tatsachen zu überzeugen — also nicht in jedem Falle — kann die Beeidigung der Aussage angeordnet werden. Diese Anordnung, die keines Antrages durch die Parteien bedarf, steht völlig im Ermessen des Gerichts. Sie kann daher stets stattfinden, wenn es das Gericht für sachdienlich erachtet.

Die doppelte Subsidiarität, insbesondere der Umstand, daß die Parteien durch Benennung anderer Beweismittel ihre Vereidigung abwenden können, spricht für die grundsätzliche Beibehaltung der

36) So für den richterlichen Eid früher Bayer, Entscheidungsgrundlagen, S. 135; Kleinfeller, Lehrbuch S. 195.
37) So für den richterlichen Eid RGZ 97, 242.
38) Hendel-Rintelen, Judicium 1933 S. 6.

Verhandlungsmaxime. Die Parteien haben es grundsätzlich in der Hand, welche Beweismittel zur Erhärtung der von ihnen behaupteten Tatsachen zu dienen haben.

e) Abhängigkeit der Vereidigung vom Parteiwillen.

Auch die von Amtswegen erfolgende Beeidigung der Aussage einer Partei nach § 452 ZPO ist bei der antragsmäßigen PV vom Willen der Partei abhängig: Die Partei, die die Vernehmung ihres Gegners beantragt, muß von vornherein damit rechnen, daß dieser seine Aussage auch beeiden muß. In dem Antrage auf Vernehmung liegt eine stillschweigende Billigung einer künftig etwa erfolgenden Beeidigung der gegnerischen Aussage. Das Gericht führt daher durch die Beeidigung kein neues Beweismittel in den Prozeß ein. Die PV als solche ist ein in sich abgeschlossenes Beweismittel, das in zwei Teile, die uneidliche Vernehmung und ihre Beeidigung zerfällt. Dagegen kann man nicht sagen, daß die Beeidigung für sich genommen ein selbständiges Beweismittel sei, dessen Anordnung allein dem Gerichte überlassen sei, dem es als Inquisitionsmittel zu dienen habe. Die Beeidigung ist vielmehr nur dazu da, die uneidliche Parteiaussage zu erhärten. Sie baut sich völlig auf dieser auf. Wäre sie ein besonderes, selbständiges Beweismittel, so müßten durch sie auch Tatsachen erwiesen werden können, die nicht Gegenstand der uneidlichen PV gewesen sind. Das aber schließt das Gesetz gerade aus, indem es sagt, daß die Partei „ihre Aussage" zu beeiden habe (§ 452 I ZPO), also nur das Gegenstand der Beeidigung sein kann, was zuvor schon in der von der Partei beantragten uneidlichen Befragung Beweisthema war. Da grundsätzlich nach deutschem Rechte nur eine Partei vernommen wird und die andere dann auch vereidigt wird, so ist das Gericht auch hinsichtlich der Bestimmung der schwörenden Partei gebunden. Dasselbe gilt für die vereinbarte PV nach § 447 ZPO, wenn diese allein stattfand.

Ferner können die Parteien der Beeidigung ihrer Aussage, auch bei der von Amtswegen erfolgten PV, durch Antretung anderer Beweismittel entgehen. Diese sind ja weiterhin zulässig und werden durch die Anordnung der PV, wie an anderer Stelle noch zu zeigen ist[39]), nicht abgeschnitten.

4. § 6: Beweislast.

a) Die Beweislast als Merkmal der Verhandlungsmaxime.

Ein weiteres Merkmal der Verhandlungsmaxime ist die, auch nach geltendem Rechte bestehende, Regelung der Beweislast. Die Parteien sind als domini litis auch für die Durchführung der Beweise verantwortlich, nicht etwa an das Gericht. Welche Partei im Streitfalle den Beweis zu erbringen hat, regelt die Beweislast. Gewöhnlich

39) s. S. 41 ff.

sagt man, jede Partei habe die Beweislast für die Gesamtheit der Tatsachen, die zu dem Tatbestande der von ihr in Anspruch genommenen Rechtsfolge gehören. Das ist richtig, wenn man den Beweis für die sog. negativen Tatsachen, d. h. für Tatsachen, die eine Gegenrechtsfolge auslösen, oder die, wenn sie zutreffen, das gegnerische Begehren zu Fall bringen, nicht dem Kläger auferlegt, sondern dem, der sich auf sich beruft, also dem Beklagten. Die Regeln der Beweislast, die teils durch Gesetz, teils durch Gewohnheitsrecht die Beweisführungsverpflichtung [40]) unter die Parteien verteilen, regeln damit zugleich die Folgen der Beweislosigkeit von beweisbedürftigen Tatsachen; denn der Beweisbelastete trägt die Gefahr dafür, daß eine solche Beweislosigkeit vom Richter als Unwahrheit der betreffenden Tatsache behandelt wird.

b) Beibehaltung der Beweislast bei der Parteivernehmung auf Antrag.

1. Bei der uneidlichen Parteivernehmung.

Gemäß § 445 ZPO kann die beweispflichtige Partei ihren Beweis antreten durch den jederzeit zurücknehmbaren Antrag, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen. Diesem Antrag hat das Gericht bei Meidung der Revision stattzugeben. Die Partei kann grundsätzlich nicht ihre eigene Vernehmung beantragen. Dazu bedarf es nach § 447 ZPO erst der Zustimmung der Gegenpartei. Es findet insoweit eine gemeinschaftliche Parteibestimmung darüber statt, wer den Beweis für die streitige Tatsache zu erbringen hat. Beide Parteien bestimmen unter Ausschluß der Regeln der Beweislast die Partei, die vernommen werden soll. Daß damit die Beweislast auf die nicht vernommene Partei übergegangen ist, kann nicht angenommen werden. Das Gesetz spricht selbst von einer Vernehmung der beweisbelasteten Partei (§ 447 ZPO). Die Beweislast wird jedoch praktisch für die Beweiserbringung, d. h. für die Bestimmung der Partei, die als Beweismittel zu dienen hat, ausgeschaltet. Nicht aber gehen die Folgen einer Beweislosigkeit zu Ungunsten der nicht beweisbelasteten aber vernommenen Partei. Eine Beweislosigkeit der zu beweisenden Tatsache trifft auch hier die beweisbelastete Partei.

Die PV ist hier ein gemeinsames Beweismittel der Parteien. Ein Recht auf Berücksichtigung ihres Antrages hat ausschließlich die beweispflichtige Partei. Das Gericht ist nicht verpflichtet, auf den Antrag der nicht beweisbelasteten Partei die Vernehmung des Gegners anzuordnen. Ist zugleich ein Antrag der beweisbelasteten Partei auf Vernehmung des Beweislastgegners gestellt, so wird das Gericht in der Regel diesem stattzugeben haben und nicht nach § 447

40) Eine Pflicht im eigentlichen Sinne jedoch als Obligation zum Beweise besteht nicht, weder dem Gericht noch dem Gegner gegenüber. Man spricht daher besser von einer „Verpflichtung gegen sich selbst" (§ 452 BGB) oder einer „Last", da die Partei um des eigenen Vorteils willen zur Vermeidung von Nachteilen im Prozeß tätig werden muß. (s. dazu Leonhardt, Beweislast, S. 149 ff. und die dort Genannten).

ZPO verfahren; denn das Gesetz geht von der primären Vernehmung des Beweislastgegners aus. Das ergibt sich aus § 447 ZPO, nach dem das Gericht die beweisbelastete Partei vernehmen kann, wenn beide Parteien damit einverstanden sind; nach § 445 ZPO hat es aber dem Antrage der beweispflichtigen Partei auf Vernehmung des Gegners stattzugeben, soweit es nicht gemäß § 445 Abs. II ZPO das Gegenteil der betreffenden Tatsache bereits für erwiesen erachtet oder die PV der anderen Partei von Amtswegen nach § 448 ZPO anordnet. Es kann allerdings neben der antragsgemäßen PV gemäß § 445 ZPO auch die vereinbarte nach § 447 ZPO stattfinden.

Der Beweislast steht die Last der anderen Partei gegenüber, sich vernehmen zu lassen. Einem Zwange dazu ist sie allerdings nicht ausgesetzt.

Wenn in Verkennung der Beweislast die Vernehmung der beweispflichtigen Partei beantragt und angeordnet wird und diese sich auch daraufhin vernehmen läßt, so ist trotz der Beweislastregelung des § 445 ZPO eine solche Vernehmung nicht unwirksam und damit unbeachtlich [41]). Sondern es liegen dann meist in der Aussage der beweispflichtigen Partei die Voraussetzungen des § 447 ZPO vor. Die Partei kann sich, wenn sie zu Unrecht zu einer derartigen Aussage veranlaßt wird, theoretisch ohne jeglichen Rechtsnachteil gegen ihre Vernehmung wehren, in dem sie die Nichtberücksichtigung der Beweislast rügt und unter Berufung darauf ihre Aussage verweigert. Dieser Fall kann z. B. dann eintreten, wenn beide Parteien über die zu beweisenden Tatsachen die Vernehmung des Gegners beantragt haben. In der Praxis aber wird in einem solchen Falle das Gericht gemäß § 446 ZPO eine Weigerung der Partei auszusagen zu ihrem Nachteile würdigen. Die Partei wird daher besser tun, vor der Ausführung des Beweisbeschlusses dessen Änderung herbeizuführen und die Vernehmung der nicht beweisbelasteten Partei anzustreben. Dann muß das Gericht, will es nicht zur amtswegigen PV greifen, die Beweislast prüfen.

2. bei der Beeidigung der Aussage.

Auch bei der Beeidigung, die auf Grund einer antragsgemäßen Vernehmung angeordnet wird, entscheidet die Beweislast, welche Partei zu vereidigen ist. Denn grundsätzlich wird nach deutschem Rechte nur eine Partei vernommen [42]). Diese wird durch die Beweislast bestimmt. Sie hat ihre Ausage auch zu beschwören. Insoweit entspricht der Beweislast die Last der Gegenpartei, ihre Aussage zu beeiden.

Ist eine Vernehmung auf Grund des § 447 ZPO vereinbart und erfolgt, so bestimmt zwar nicht die Beweislast aber doch die Parteibestimmung die Person des Schwurpflichtigen: Auf Parteiverein-

41) A. M. Baumbach § 445 Anm. 1 B.
42) Im Gegensatze zum österr. Rechte.

barung hin ist der Beweislastträger vernommen worden; er hat seine Aussage auch zu beschwören.

3. Ausnahme bei doppelseitiger Vernehmung.

Hat das Gericht beide Parteien uneidlich vernommen, so steht es in seinem Ermessen, welche von ihnen es vereidigen will. Die Vernehmung der zweiten Partei kann auf richterliche Anordnung hin geschehen (448 ZPO) oder auf Grund einer Vereinbarung gemäß § 447 ZPO; denn die Vernehmung der zweiten Partei ist auch zulässig, wenn bereits eine Partei vernommen ist.

Die Befugnis des Gerichts, die Person der schwurpflichtigen Partei zu bestimmen, baut sich aber hier nicht allein auf dem Antrage der beweispflichtigen Partei auf und gehört damit nicht mehr in das Gebiet der Beweislast. Sie ist nach der Regelung des Gesetzes, das grundsätzlich von der einseitigen PV ausgeht, nur als Ausnahmefall gedacht. Nach § 447 ZPO kann das Gericht daher nach seinem Ermessen auch die Vereidigung der nicht beweisbelasteten Partei anordnen.

Es ist somit festzustellen, daß die Regelung der Beweislast grundsätzlich auch für das Parteivernehmungsverfahren maßgebend ist. Gewiß erfolgt der Beschluß über die Vereidigung von Amts wegen. Für diesen Beschluß aber ist grundsätzlich die Beweislast entscheidend. Insofern ist also die Verhandlungsmaxime gewahrt.

c) Die Beweislast bei der amtswegigen Parteivernehmung.

1. keine Bedeutung bei Anordnung der Parteivernehmung.

Nach § 448 ZPO kann nun der Richter im allgemeinen ohne Rücksicht auf die Beweislast eine oder beide Parteien ohne ihren Antrag uneidlich vernehmen, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um eine Überzeugung in ihm zu begründen. Die PV kann hier ohne, ja sogar gegen den Willen der Parteien angeordnet werden. Die Parteien selbst haben keinerlei Einfluß auf die Auswahl der zu vernehmenden Partei. Diese steht allein dem Richter zu, der sie nach dem Gesichtspunkte treffen wird, welche Partei seiner Ansicht nach das bessere Wissen um die beweisbedürftige Tatsache hat. Damit findet bereits eine vorweggenommene Beweiswürdigung statt. Die Parteien können den Richter für die Anordnung der Vernehmung zwar ihre Anregungen geben. Er braucht ihnen jedoch in keiner Weise zu folgen.

2. die Anordnung der amtswegigen Parteivernehmung als Durchbrechung des Verhandlungsgrundsatzes.

Die Anordnung der PV von Amtswegen nach § 448 ZPO ist jedoch nicht ohne weiteres zulässig. Man wird vielmehr, in Übereinstimmung mit dem gleichgefaßten früheren § 475 ZPO a. F. verlangen müssen, daß wenigstens etwas zu Gunsten der beweisbelasteten Par-

tei spricht [43]). Die Lage des Gegners darf nicht dadurch verschlechtert werden, daß er einen Gegenbeweis führt, der nicht vollständig gelingt. Auch der Wortlaut des § 448 ZPO spricht für die vertretene Ansicht. Wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme „nicht ausreicht", um die Überzeugung des Gerichts zu begründen, kann die amtswegige PV angeordnet werden. Hat sich aber „nichts" ergeben, so ist das noch nicht einmal ein „nichtausreichendes" Ergebnis [44]). Unzulässig ist die Anordnung der PV also, wenn sich bezüglich der erheblichen Tatsachen nichts für die beweisbelastete Partei oder nur etwas zu Gunsten der Gegenpartei ergeben hat. Wo noch gar nichts bewiesen ist oder sich sonst etwas für die beweisbelastete Partei ergeben hat, wäre allerdings die Anordnung der PV von Amtswegen eine weitgehende Inquisition des Gerichts. Die Parteien könnten dann ruhig beweisfällig bleiben, ohne daß ihnen zunächst die Beweislosigkeit zum Nachteil gereichte. Das aber soll durch die amtswegige PV nicht bezweckt werden. Das Ergebnis der bisherigen Verhandlung oder einer etwaiger Beweisaufnahme soll durch die amtswegige PV nur ergänzt werden. Es soll durch sie nicht nach einem Ausgangspunkte für weitere Beweisaufnahmen geforscht werden.

Der Richter muß daher insoweit eine Prüfung vornehmen, welcher Partei die Beweislast obliegt, ehe er zur Anordnung des richterlichen Eides schreiten kann. Bei der Auswahl der zu vernehmenden Partei jedoch ist er völlig frei, sobald sich herausgestellt hat, daß etwas zu Gunsten der beweisbelasteten Partei spricht. Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so hat das Gericht die Befugnis, ohne Rücksicht auf die Beweislast in das Beweisverfahren eingreifen zu können. Diese Befugnis wird folgerichtig durch die Bestimmung des § 452 ZPO erweitert. Auf Grund dessen kann das Gericht bestimmen, welche von den uneidlich vernommenen Parteien zum Eide zugelassen wird. Auch hier können sich beide Parteien zum Eide erbieten. Sie haben jedoch kein Recht darauf, vereidigt zu werden. Die Auswahl der zu vereidigenden Partei ist allein dem Ermessen des Gerichts überlassen.

Bei der amtswegigen PV ist die Auswahl der zu vernehmenden Partei an keinerlei Beweislastregeln geknüpft. Sie bietet die Möglichkeit, beide Parteien zu vernehmen und nach dem freien Ermessen des Gerichts zu vereidigen. Sie steht daher im Widerspruche zur Verhandlungsmaxime, soweit es sich um die Einführung eines Beweismittels in den Prozeß handelt.

Nicht verstößt sie gegen den Verhandlungsgrundsatz soweit sie sich auf die von den Parteien als beweisbedürftig bezeichneten Tatsachen bezieht [45]).

Die amtswegige PV hat nun vor der antragsgemäßen PV den Vorrang und ist selbst dann zulässig, wenn schon von einer Partei

43) So auch Entw. S. 337.
44) s. Rosenberg, Lehrbuch § 126, II, 3.
45) s. S. 11 f.

der Antrag auf Vernehmung des Gegners gestellt ist. Das Gericht kann dann, wenn es das für erforderlich hält, auch die beantragende Partei nach § 448 ZPO vernehmen, sodaß damit praktisch die PV auf Antrag und damit die Beweislast ausgeschaltet wird. Von den Parteien können allerdings jederzeit andere Beweismittel benannt werden, die ihrerseits die PV als subsidiäres Beweismittel hinausschieben können. Diese dürfen nur abgelehnt werden, wenn das Gericht glaubt, daß auch ihr Ergebnis die PV nicht überflüssig machen wird.

3. Bedeutung der Beweislast bei einem non liquet.

Auch bei der amtswegigen PV spielt die Beweislast eine Rolle, die nicht übersehen werden darf. Wenn gesagt war, die Beweislast bestimme die Partei, die den Beweis zu erbringen habe, um nicht beweisfällig zu werden, so wird dadurch festgelegt, daß eine Beweislosigkeit zu ihrem Nachteile geht. Ist es dem Richter nicht gelungen, durch die amtswegige PV eine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu erlangen, so ist die Partei, der für diese Tatsachen der Beweis oblag, beweisfällig. Ein non liquet fällt auch in einem Beweisverfahren, das von Amtswegen angeordnet wird, infolge der Beweislastverteilung und der Notwendigkeit, im Zivilprozesse auch bei Beweislosigkeit entscheiden zu müssen, der beweispflichtigen Partei zur Last. Eine am Ende des Beweisverfahrens noch vorhandene Ungewißheit des Richters in tatsächlicher Hinsicht, geht zu Ungunsten derjenigen Partei, die nach den allgemeinen Regeln die Beweislast für die betreffende Tatsache hat.

d) Parteibeweis zur Entkräftung einer Vermutung.

Nach § 292 ZPO ist zur Entkräftung einer Vermutung der Beweis des Gegenteils zulässig. Dieser Beweis kann auch durch die PV geführt werden und ist stets Parteibeweis [46]). Eine Anordnung der PV von Amtswegen ist ausgeschlossen. Wenn das Gesetz einmal die PV als zulässiges Beweismittel erwähnt, dabei aber einschränkend nur auf die antragsgemäße Vernehmung verweist, so ist diese Vorschrift nicht erweiternd auszulegen [47]).

Für die hier vertretene Ansicht spricht auch der Zweck der Vermutung. Sie soll die Parteien des Beweises einer schwierigen Beweistatsache entheben, indem der Richter auf Grund einer leichter zu beweisenden Tatsache Rückschlüsse auf das Bestehen oder Nicht-Bestehen jener schwierigen, rechtserheblichen Tatsache zu ziehen hat. Steht die sog. Vermutungsbasis fest, d. h. die leichter zu beweisende Tatsache als Indiz für die vermutete Tatsache, so hat der Richter von Amtswegen die vermutete Tatsache seinem Urteile zu Grunde zu legen [48]). Wollen die Parteien diese Hilfe, die ihnen durch die Ver-

46) So für das frühere Recht Skonietzky-Gelpcke § 292 Anm. 4.
47) A. M. Stein-Jonas § 292, II, 2; Baumbach § 292 Anm. 2.
48) s. Rosenberg § 115, I, 4a.

mutung für ihren Beweis geboten wird, für sich nicht in Anspruch nehmen, sondern das Gegenteil der Vermutung beweisen, so ist es nunmehr allein ihre Sache, von sich aus durch die von ihnen benannten Beweismittel die Vermutung zu entkräften. Der Richter jedenfalls ist sonst an sie gebunden.

III. § 7. Ergebnis.

Die PV ist also ein in erster Linie in die Hand der Parteien gelegtes Beweismittel[49]) (s. S. 13 ff.). Die von Amts wegen erfolgende Anordnung der Vernehmung nach § 448 ZPO und der Vereidigung nach § 452 ZPO bedeutet nicht die Ersetzung des Verhandlungsgrundsatzes durch den Untersuchungsgrundsatz (s. S. 12 f., 19 ff.).

B. Der Grundsatz der Wahrheitsfeststellung im Zivilprozeß.

I. § 8: Die Wahrheitsfeststellung im Zivilprozesse.

„Das Publikum begreift nicht, daß im Strafprozeß materielle, im Zivilprozeß formelle Wahrheit das Urteil bestimmen sollen und ist voll Mißtrauen in eine Justiz auf solcher Grundlage, bei der man im Prozeß wirklich, wie im Spiel gewönne oder verlöre“ [50]). Die Einleitung zum Änderungsgesetze schreibt deshalb im Absatze III vor: „Keiner Partei kann es gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irre zu führen. Dem Rechtsschutz entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern.“ Das Gesetz will durch diese programmatischen Sätze klarstellen, daß nach heutigem Zivilprozeßrechte der Grundsatz besteht, ein Urteil nur auf einer wahrheitsgemäßen Grundlage zu finden. Die Urteilsgrundlage soll nicht mehr ein sog. „formell-wahrer“ Sachverhalt[51]) sein, der als „Beweis“ergebnis den Richter bindende formale Dispositiv- und Feststellungserklärungen der Partei enthält, wie es bei der Eidesableistung der Fall war. Soweit es irgend möglich ist, soll im Zivilprozeßverfahren ebenso wie im Strafprozeß darauf hin gewirkt werden, daß der Gesamtsachverhalt der Wahrheit entspricht. Der Richter muß zu diesem Zwecke die Möglichkeit haben, frei von irgendwelchen Bindungen die Beweise auf ihre Glaubwürdigkeit hin zu würdigen.

Das Gesetz gibt ihm allerdings nicht das Recht, und es macht ihm demgemäß auch nicht zur Pflicht, von sich aus den Sachverhalt auf seine Wahrheit hin zu prüfen. Der Richter darf über nicht bestrittene tatsächliche Behauptungen auch dann nicht Beweis erheben,

---

49) So auch Entw. S. 337. Im wesentlichen auch Stein-Jonas § 128, Vorbemerkung II, 2.

50) Pollack, Beweisverfahren, Jud. 1930 S. 41.

51) Der Ausdruck ist sehr schlecht. Es gibt nur eine, die „tatsächliche“, „wirkliche“ Wahrheit. Die sog. „formelle Wahrheit“ ist gleichbedeutend mit einer den Richter bindenden formellen Sachverhaltsfeststellung.

wenn er Zweifel hat, ob diese Behauptungen der Wirklichkeit entsprechen (s. auch S. 11 ff.). Er darf auch keinen Zwang auf die Parteien ausüben, ihrerseits einen umfassenden Beweis für sämtliche vorgebrachten Tatsachen zu erbringen.

Insoweit kann zwar nicht von einer absoluten Feststellung der sog. „materiellen Wahrheit" die Rede sein, das heißt von einem Sachverhalte, der unter allen Umständen der Wahrheit entspricht. Denn die Parteien haben die Sachverhaltsfeststellung, wie bereits S. 11 ff. dargelegt ist, noch in ihrer Hand, wenn auch nicht mehr durch formale „Beweis"bindung. Das Gesetz hat andererseits nicht alle Wege, die möglich wären, zur Erreichung des Zieles benutzt, einen der Wirklichkeit entsprechenden Sachverhalt zur Urteilsgrundlage zu machen. Als eine solche Möglichkeit käme insbesondere eine u. U. erfolgende amtswegige Untersuchung oder Erforschung des Sachverhaltes in Betracht.

Aber es besteht doch wenigstens eine relative Feststellung dieser sog. „materiellen" Wahrheit als Erfolg des geltenden Rechtes, insbesondere des Beweises durch PV. In der Freiheit von einer Bindung durch ein formelles Beweisverfahren — besser Feststellungsverfahren — wie es im früheren Eidesrechte bestand, liegt der grundlegende Unterschied zur sog. „formellen Wahrheit".

II. Die Parteivernehmung als Wahrheitsmittel.

1. Formale Fürsorge des Gesetzes.

§ 9: Persönliche Voraussetzungen: Vernehmungs- und Eidesfähigkeit.

I. Vernehmungsfähig ist grundsätzlich die prozeßfähige Partei als natürliche Person (arg. § 455 ZPO.), die damit die Fähigkeit, Zeuge in einem Rechtsstreite sein zu können, verliert. Darüber hinaus kann auch diejenige Partei vernommen werden, bei der eine gewisse Sachkenntnis vorausgesetzt oder vermutet wird. Es kommen hierfür in Betracht: Die minderjährige, über 16 Jahre alte Partei, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigte und durch einen Pfleger vertretene Partei (§ 450 ZPO). Diese Personen sind allerdings nur insoweit vernehmungsfähig, als es sich um Tatsachen handelt, die in ihren eigenen Handlungen bestehen oder Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen gewesen sind. Tatsachen, die in Handlungen oder Wahrnehmungen des Rechtsvorgängers bestehen, können durch sie, im Gegensatze zu anderen Vernehmungspflichtigen, nicht bewiesen werden. Der Sinn dieser Vorschrift ist, nur bei denjenigen Personen und nur insoweit die PV zuzulassen, wo aller Voraussicht nach eine wahrheitsgemäße Aussage erfolgen wird. In allen übrigen Fällen ist der gesetzliche Vertreter der Partei zu vernehmen.

Die prozeßfähige Partei dagegen kann auch über Tatsachen vernommen werden, die in Handlungen ihres Rechtsvorgängers bestehen oder, die nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung ge-

wesen sind. Diese Ausdehnung der Vernehmungsmöglichkeit auf sog. „fremde Tatsachen" bedeutet eine dem früheren Rechte gegenüber erweiterte Verwendung der Wissensquelle der Partei. Das liegt im besonderen Interesse der Wahrheitsfeststellung.

Vernehmungsfähig ist auch eine Partei, die wegen Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig bestraft ist (arg. § 452 Abs. IV ZPO). Das widerspricht nicht dem eben genannten Ziele des Zivilprozesses, sein Urteil auf einem der Wirklichkeit entsprechenden Sachverhalte aufzubauen. Zunächst steht es, wenigstens nach §§ 447, 448 ZPO im Ermessen des Richters, ob er überhaupt eine Partei und welche er von ihnen vernehmen will. Findet eine PV gemäß § 445 ZPO statt, d. h. auf Antrag der beweisbelasteten Partei, so ist der Richter an die Aussage der Partei keineswegs gebunden. Er hat sie frei zu würdigen und sich ein Bild von der Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit der vernommenen Partei zu bilden.

Stehen mehrere Personen auf einer Parteiseite zur Verfügung, so entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen, ob alle, oder welche von ihnen zu vernehmen sind (§§ 449, 455, Abs. I ZPO). Dabei wird es sich natürlich diejenige Partei heraussuchen, von der es sich die größte Wahrhaftigkeit verspricht.

II. Die vernehmungsfähige Partei ist grundsätzlich auch eidesfähig. Eine Ausnahme davon bildet nur die wegen Meineides bestrafte Partei (§ 452 Abs. IV ZPO); ihre Beeidigung ist ein für allemal ausgeschlossen.

III. Die Bestimmung der vernehmungsfähigen Personen durch das Gesetz, der Umfang ihrer Vernehmungsfähigkeit, die Auswahlmöglichkeit des Gerichts, ferner die Bestimmung, welche Personen vereidigt werden können, zeigt, daß das Gesetz besonderen Wert darauf legt, eine wahrheitsgemäße Urteilsgrundlage für die richterliche Entscheidung zu schaffen.

§ 10: Anordnung der Parteivernehmung durch Beweisbeschluß.

I. Im Gegensatze zu der früher grundsätzlich durch Urteil anzuordnenden Vereidigung einer Partei erfolgt die PV und die Beeidigung der Aussage, wie jede andere Beweisaufnahme auf Grund eines Beweisbeschlusses. Für die uneidliche Vernehmung ist das durch § 450 ZPO besonders vorgeschrieben. Für den Beweisbeschluß gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 358 ff. ZPO. Zweckmäßigerweise wird der Richter als Beweisthema nicht nur die unmittelbar erheblichen Umstände, sondern auch die möglicherweise erheblichen Indizien und Hilfstatsachen in den Beweisbeschluß aufnehmen. Das ist von besonderer Wichtigkeit, weil über ein und dieselbe Tatsache nur e i n e Partei eidlich vernommen werden darf (§ 452, I 2 ZPO).

Der Beschluß ist prozeßleitender Natur und als solcher auch außer der Bestimmung des § 450 Abs. II ZPO für das Gericht trotz

der in dieser Hinsicht einengenden Vorschrift des § 360 ZPO nicht bindend [52]). Er kann von dem Gericht jederzeit, auch wegen nachträglicher anderweitiger Überlegung aufgehoben werden. Das ist von besonderer Wichtigkeit, wenn das Gericht später einsieht, daß eine Vernehmung über die angeordnete Tatsache unzweckmäßig ist, oder, wenn nach seiner Ansicht die zu vernehmende Partei doch nicht die Wahrheit sagen würde. Auch, wenn ein Wechsel in der Person der Partei oder des gesetzlichen Vertreters eingetreten ist, oder wenn die bereits angeordnete PV das Ergebnis der Beweisaufnahme, wie sich erst nachträglich herausstellt, doch nicht mehr ändern könnte, wird das Gericht zur Aufhebung des Beschlusses schreiten.

Der Beschluß ist selbständig nicht anfechtbar (§ 355 Abs. II ZPO).

II. Die Möglichkeit der sofortigen Durchführung des Beschlusses trägt zur besseren Wahrheitsfindung bei, wenn der Vernehmung oder der Vereidigung irgendwelche Hinderungsgründe z. B. der Tod der zu vernehmenden oder zu vereidigenden Partei drohen. Es ist jetzt nicht mehr erforderlich, die Rechtskraft des früher in der Regel erforderlichen bedingten Endurteils abzuwarten. Die Vernehmung und die Vereidigung können jetzt unmittelbar nach Mitteilung des Beweisbeschlusses an die Partei erfolgen." Der Fall, daß die Parteien sterben, bevor sie ihr Zeugnis abgegeben haben, wird bei einiger Aufmerksamkeit der Sachführer nur selten eintreten" [53]).

Die Anordnung des Beweisverfahrens der PV durch Beschluß gibt dem Richter die Möglichkeit, Beweise von den Parteien oder gesetzlichen Vertretern zu erheben, auf deren Wissen es gerade für eine der wirklichen Sachlage entsprechende Entscheidung besonders ankommt. Nach früherem Rechte aber konnte ihr Zeugnis dem Richter für seine Entscheidung leicht verloren gehen.

§ 11: Vernehmungsmethode: Geschichtserzählung.

Steht für den Richter die Person fest, die er als Partei vernehmen will, so ordnet er die PV durch Beschluß, wie soeben dargelegt, an. Das Beweisthema beschränkt sich nicht mehr auf die kurze Beantwortung der Alternative: Es ist wahr oder es ist nicht wahr. Die Partei soll vielmehr in einer zusammenhängenden Darstellung, in einer Geschichtserzählung, bei der Beweisaufnahme sich äußern (§§ 451, 396 ZPO). Sie soll alles das angeben, was ihr von dem Gegenstande der Vernehmung bekannt ist. Das steht im besonderen Gegensatze zum früheren Rechte, wo das Beweisthema durch das bedingte Endurteil in eine möglichst knapp formulierte Norm hineingepreßt wurde. Diese konnte dann nur im ganzen beschworen oder abgeschworen werden. Die Partei wurde bei einfachen Rechtsbegriffen zum Richter in eigener Sache. Je spezieller das bedingte

52) So auch Baumbach § 360, Anm. 1; Rosenberg § 117, II, 2c; Stein-Jonas § 360 A I, RGZ 97 S. 127.

53) Von Bar, Gutachten z. 8. DJT., S. 33.

Endurteil Tatsachen formulierte, umso schlimmer wurde dadurch die Lage eines gewissenhaften Schwurpflichtigen. Andererseits bestand für einen Skrupellosen immer die Möglichkeit, die Eidesformel in einer ihm günstigen Weise auszulegen und eine Lücke, die der Richter bei der Formulierung des Eidesthemas nicht bemerkt hatte, zu seiner späteren Verteidigung heranzuziehen.

Gemeinsam mit dem Parteieide nach dem alten Rechte hat die PV, daß auch sie ein Zeugnis in eigener Sache ist — beim Parteieide ein formuliertes, bei der PV ein zu erfragendes. Auch bei der PV wird die Partei möglichst das sagen, was ihr selbst für sie günstig erscheint. Das liegt an dem Interessenstreite, in dem sie sich während des ganzen Rechtsstreites befindet und dem sie auch durch die ihr im § 138 Abs. I ZPO vorgeschriebene Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht nicht wird entgehen können.

Und doch ist die PV bei weitem besser geeignet, den wirklichen Sachverhalt zu ermitteln, als es der frühere Eidesbeweis war.

Die Partei wird jetzt zunächst angeben müssen, aus welcher Quelle sie die Wissenschaft um die beweisdürftige Tatsache hat. Das festzustellen war beim gestabten Eide nicht möglich.

Dadurch, daß die Partei frei erzählen soll, wie sich der fragliche Vorgang tatsächlich abgespielt hat, wird die Möglichkeit, sich hinter einer starren Eidesformel zu verbergen und sich so einen Ausweg zu versuchen, weitgehend vermindert. Durch die Erzählung, die den Zwischenfragen des Richters (§§ 451, 396 ZPO) und der Gegenpartei (§§ 451, 397 ZPO) ausgesetzt ist, findet eine weitgehende Nachprüfung der Angaben der Partei statt. Die psychologische Wirkung, wenn sich die Partei auf einer Lüge ertappt sieht, bildet für den Richter ein nicht zu verachtendes Beweisargument. Denn es ist für eine nicht gerade besonders routinierte Partei nicht leicht, in einer langen Verhandlung auf alle Zwischenfragen stets folgerichtig zu lügen [54]).

Diese Zwischenfragen müssen sich jedoch immer im Rahmen des Beweisbeschlusses halten. Nur über das angeordnete Beweisthema darf das Gericht von sich aus Fragen zur Aufklärung und Vervollständigung der Aussage und zur Erforschung der Wissensquelle der Partei stellen.

§ 12: Vereidigung.

a) Umfang.

Wenn die Partei grundsätzlich frei erzählen soll, so heißt das nicht, daß bei Anordnung der Vereidigung unbedingt die gesamte unbeeidigte Aussage der vernommenen Partei Gegenstand der Vereidigung sein müßte. Enthält die Aussage eine Anzahl unwesentlicher oder nach Ansicht des Gerichts bereits erwiesener Tatsachen,

54) So auch Münzel, DRZ 1934 S. 175.

dann muß dieses eine Fassung bestimmen können, in der die eidliche Aussage über einzelne Tatsachen zu erfolgen hat.

Das kann dann geboten sein, wenn nach Ansicht des Gerichts gerade der unwesentlichen Tatsachen wegen ein Meineid geleistet würde. Da die Parteien nicht immer das wesentliche von dem unwesentlichen zu trennen vermögen, ist das keine Seltenheit. Es kann auch der Fall eintreten, daß es nur auf ganz bestimmte Worte oder Sätze in der unbeeideten Aussage ankommt. Dann muß die Möglichkeit für das Gericht bestehen, ein Eidesthema aus den eigenen Worten der Partei unter Berücksichtigung ihres Sprachgebrauchs und ihres Bildungsstandes zu formulieren. Dieses Eidesthema darf allerdings nicht die Beantwortung irgendwelcher Rechtsfragen zum Gegenstande haben. Andererseits ist es wesentlich, daß der Partei nicht etwas in den Mund gelegt wird, was sie in dieser Form niemals sagen würde und über dessen Tragweite sie sich, wie häufig beim formulierten Eide, gar nicht im klaren ist.

Vor allem wird eine Beeidigung nur eines Teiles der Aussage zweckmäßig sein, wenn die Beeidigung nicht im Vernehmungstermine selbst erfolgen kann[55]).

Diese Möglichkeit, die in der österreichischen ZPO im § 377 Abs. II vorgesehen ist, hat die deutsche ZPO nicht ausdrücklich übernommen. Es ist im § 452 Abs. I ZPO nur von der Beeidigung der „Aussage" schlechthin die Rede. Das darf indessen nicht zu einer formalistischen Auslegung führen. Sinn der Vorschrift muß bleiben: Die Beeidigung der erheblichen und noch beweisdürftigen Tatsachen. Um diese Tatsachen der Partei klar zu machen, muß es dem Richter gestattet sein, sie in eine kurze Fassung zu bringen, die in ausführlicher, jedoch nicht mißzuverstehender Weise den wesentlichen Inhalt der Parteiaussage wiedergibt[56]).

Für die vertretene Auffassung spricht weiter, daß, wenn beide Parteien über dieselben Tatsachen uneidlich vernommen werden, nur eine Partei auf ihre Aussage hin vereidigt werden kann (§ 452 Abs. I, Satz 2 ZPO). Es müssen dann diese Tatsachen bei einer eventuellen Vereidigung der anderen Partei ausscheiden. Das kann nur geschehen, wenn der Richter eine Fassung der übrig gebliebenen, noch zu beeidenden Tatsachen bestimmt.

Es bleibt bei einer solchen Fassung der Partei überlassen, dem Richter mitzuteilen, warum sie gegebenenfalls einzelne Teile der gesamten Aussage zu beschwören nicht in der Lage ist. Dann kann das Gericht das durch den zweiten Beweisbeschluß formulierte Thema wieder abändern.

Von dem früheren formulierten Eide unterscheidet sich diese Hervorhebung der zu beeidenden Tatsachen dadurch, daß diese Änderung des Themas stattfinden kann. Andererseits entscheidet der

---

55) s. dazu Friedrichs, Jur. Rdsch. 1929 S. 71.

56) A. M. Gerland, Jud. 3. Jahrg. S. 318; Schmiedinger, Eidliche Vernehmung, S. 19.

Eid nicht mehr durch eine den Richter bindende Feststellungskraft der von den Parteien beschworenen oder nicht beschworenen Tatsachen den Rechtsstreit der Parteien. Der Eid bildet jetzt nur noch einen Beweisgrund bei der Beweiswürdigung. Auch sind die hervorgehobenen, von der Partei zu beschwörenden Tatsachen schon bei der uneidlichen Vernehmung, also im Beweisverfahren selbst, zur Sprache gekommen. Der Richter hat also schon einen persönlichen Eindruck von der Partei und deren Glaubwürdigkeit erhalten. Die Eidesformel früher hingegen enthielt oftmals Tatsachen, die von den Parteien lediglich behauptet waren. Die Partei, deren Vereidigung angeordnet war, stand im Eidestermine häufig zum ersten Male vor dem Richter. Dieser war nicht in der Lage, seine Eindrücke von der Partei irgendwie zur Geltung zu bringen.

Geschichtserzählung und Hervorhebung der zu beschwörenden Tatsachen tragen zu einer besseren Feststellung der Wahrheit bei, als es nach früherem Rechte der Fall war.

b) Subjektive Richtung: Nur eine Partei.

I. Sind beide Parteien über eine und dieselbe Tatsache vernommen worden, so darf nur eine von ihnen ihre Aussage beeiden (§ 452 Abs. I Satz 2 ZPO). Die uneidliche Vernehmung beider Parteien wird in der Regel für den Richter zur genauen Feststellung des Sachverhaltes von großem Nutzen sein. Die Parteien werden dabei das, was der Gegner vorgebracht hat und was unwahr ist, auch als unwahr aufdecken, schon um den Richter von der Wahrheit, die für ihren geltend gemachten Anspruch vielleicht günstig ist, überzeugen zu können. Dieser Gedanke kommt bereits in dem alten deutschen Rechtssprichworte zur Geltung:

> Eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede,
> man muß sie hören alle beede.

Trotzdem die Vernehmung beider Parteien — wie sich aus der Beibehaltung der Beweislast in § 445 ZPO ergibt — vom Gesetze nur noch als Ausnahme gedacht ist, wird der Richter doch immer dann dazu greifen, wenn er durch die Aussage einer Partei noch nicht genügend überzeugt ist. Die doppelseitige Vernehmung wird sich oftmals als wahrheitsfordernd und eidesvermindernd auswirken [57]). Denn erst dann, wenn auch die Aussage der anderen Partei zur Bildung seiner Überzeugung nicht ausreicht, wird er zur Vereidigung derjenigen Aussage schreiten, die ihm die größere Gewähr für die Wahrheit bietet.

Der Grundsatz, daß nur eine Partei über eine Tatsache, über die beide Parteien uneidlich gehört wurden, vereidigt wird, gilt auch für den Fall, daß eine Partei, deren Beeidigung angeordnet war, die Eidesleistung verweigert. Dann kann das Gericht nicht etwa nachträglich die Vereidigung des Gegners über dieselbe Tatsache be-

57) s. Swoboda, DRZ 1934 S. 44.

schließen, sondern es muß die Weigerung der Partei für das Beweisergebnis nach §§ 453, 286 ZPO würdigen.

Zweck dieser Beschränkung der Beeidigung ist die Verhütung einander entgegenstehender Aussagen und damit eine Verringerung von Meineiden. Aus diesem Grunde soll sich der Richter von den Parteien die glaubwürdigere heraussuchen, sie auf ihre Aussage vereidigen und dann die Beweiswürdigung vornehmen. Andererseits ist die Prozeßdurchführung im Sinne der Gewinnung eines festen Bildes von Tatsachen auf Grund der Würdigung nur eines Eides für den Richter leichter, als wenn er die einander entgegenstehenden Eide der Parteien würdigen müßte.

II. Was für die erste Instanz gilt, ist folgerichtig auch für das Berufungsverfahren vorgeschrieben. Das Berufungsgericht kann zwar gemäß § 531 ZPO in der ersten Instanz unterbliebene Anträge auf PV zulassen. Ist jedoch eine Partei bereits in der ersten Instanz vernommen und vereidigt, so ist grundsätzlich die Vereidigung der Gegenpartei über dieselbe Tatsache auch im Berufungsverfahren verboten (§ 533 Abs. II ZPO). Das Gericht würde gerade in der Berufungsinstanz leicht in Versuchung kommen, seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der von einer Partei im ersten Rechtszuge aufgestellten Behauptungen sich allein durch den Eid der zuletzt schwörenden Gegenpartei zu bilden. Das soll vermieden werden. Es käme der Feststellungswirkung der letzten eidlichen Aussage gleich, denn der Richter würde von vornherein seine Entscheidung allein von dem nunmehr erfolgenden Eide oder seiner Verweigerung abhängig machen. Die PV aber ist keine Art Reinigungseid, durch den sich eine Partei von der Verurteilung losschwören könnte. Das aber wäre der Fall, wenn eine Vereidigung der Gegenpartei in der Berufungsinstanz zulässig wäre. Der Anordnung dieser neuen Vereidigung würde bereits die Beweiswürdigung der Verweigerung oder der Ablegung des Eides vorangehen. Auch soll eine Meineidsversuchung verhütet werden, in die der nunmehr schwörende Teil leicht kommen könnte. Dies wäre der staatlichen Autorität nicht dienlich.

Die freie Beweiswürdigung, die auch in zweiter Instanz gilt und die keine Bindung des Instanzrichters an die Überzeugung des Untergerichts vorschreibt, diese vielmehr ablehnt, ermöglicht eine andere Entscheidung in zweiter Instanz auch, wenn eine neue PV oder Vereidigung nicht stattgefunden hat.

Wohl aber kann im Berufungsverfahren die noch nicht vereidigte Partei über die Tatsachen, über die bereits der Gegner vernommen und vereidigt ist, noch uneidlich gehört werden. Klein [58]) behauptet allerdings, aus der Kohärenz der uneidlichen Vernehmung und der Vereidigung folge, daß nicht jede von ihnen ein selbständiges Beweismittel sei. Da sie vielmehr nur zusammen das gesetzliche Beweismittel der PV darstellten, sei eine uneidliche Verneh-

58) Vorlesungen S. 183 ff.

mung des Gegners der in erster Instanz vereidigten Partei deshalb nicht zulässig, weil eine Vereidigung niemals erfolgen könne. Auch wenn man, wie oben S. 16, auf dem Standpunkte steht, daß die PV aus den zwei Teilen, der uneidlichen Vernehmung und der Vereidigung besteht, so ist es nicht unbedingt erforderlich, daß auf eine uneidliche Vernehmung immer die Vereidigung der Partei folgen muß. Auch die Regelung des Zeugenbeweises spricht dafür.

Zudem darf die Beweisfrage nicht völlig dem erstinstanzlichen Richter ausgeantwortet werden. Da die Auswahl der schwurpflichtigen Partei allein dem freien Ermessen des Untergerichts obliegt, ist ein Irrtum über die Glaubwürdigkeit der Parteien durchaus möglich. Es wäre falsch, wollte man es seiner, für die folgenden Instanzen bindenden Entscheidung überlassen, ob eine Partei als Beweismittel für den Rechtsstreit weiterhin vollkommen ausfallen soll. Das aber wäre der Fall, wenn man der Ansicht von Klein folgte. Aus diesem Grunde ist die uneidliche Vernehmung des Gegners der bereits vereidigten Partei in der Berufungsinstanz möglich.

Eine wiederholte Anordnung der uneidlichen Vernehmung oder auch der bloßen Vereidigung derselben Partei ist in der Berufungsinstanz grundsätzlich nicht zulässig Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß eine in erster Instanz erfolgte Vernehmung oder Beeidigung unzulässig war (§ 533, Abs. I ZPO). Wenn sich die Partei im ersten Rechtszuge geweigert hat, uneidlich auszusagen, oder ihre uneidliche Aussage zu beeiden, so darf sie in der zweiten Instanz nur vernommen werden, wenn ihre früher vorhandenen, berechtigten Weigerungsgründe jetzt weggefallen sind (§ 533 Abs. I ZPO). Die Partei wird dadurch gezwungen, von vornherein möglichst ihre Funktion als Beweismittel auszuüben und dadurch dem Gericht zu einer richtigen Urteilsgrundlage zu verhelfen.

III. Es erhebt sich die Frage, welche Bedeutung das Verbot, beide Parteien über dieselbe Tatsache zu vereidigen hat, wenn das Verfahren erster Instanz vom Berufungsgerichte aufgehoben und der Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung an die erste Instanz zurückverwiesen wird, oder, wenn gegen das erste Urteil die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage erhoben wird und daraufhin in der Hauptsache erneut verhandelt wird. Man wird in beiden Fällen unterscheiden müssen:

a) der geltend gemachte Fehler bezieht sich auf die PV als solche.

b) der Verfahrensmangel berührt nicht die PV, d. h. den Komplex der richterlichen und Parteihandlungen, aus denen die uneidliche Vernehmung und die Beeidigung der Aussage besteht.

Im ersteren Falle ist der Hauptzweck des angestrengten Verfahrens, eine richtige Beweisführung zu ermöglichen. Das kann z. B. der Fall sein, wenn das Urteil aufgehoben wurde, weil nicht der richtige gesetzliche Vertreter vernommen wurde, weil die nicht prozeßfähige und auch nicht vernehmungsfähige Partei oder weil eine

Person, die nicht Partei ist, als Partei vernommen wurde. Es kann auch sein, daß die Partei durch die Beeidigung ihrer Aussage, auf welche sich das Urteil gründet, sich einer Eidesverletzung schuldig gemacht hat (§ 580, Ziff. 1 ZPO). In diesen Fällen ist es die Vernehmung selbst, die den Anlaß für die Aufhebung oder auch für die Wiederaufnahme gegeben hat. Sie kann dann für den weiteren Verlauf des Rechtsstreites keinerlei Wirkungen mehr äußern und muß als nicht vorhanden angesehen werden. Es ist nunmehr durchaus möglich, daß auch der Gegner, der ursprünglich vernommenen Partei vereidigt wird. Das schreibt § 533 ZPO vor, der eine Vernehmung und eine Vereidigung des Gegners der in erster Instanz vernommenen Partei zuläßt, wenn die Vernehmung oder Vereidigung unzulässig war. Dasselbe hat auch für das Wiederaufnahmeverfahren zu gelten. Auch hier handelt es sich um eine Unzulässigkeit. Denn eine Person, die wegen Eidesverletzung bestraft ist, gehört ja zu den nicht eidesfähigen Personen (§§ 450, 481 ZPO).

Anders liegt es, wenn der Aufhebungsgrund die PV nicht unmittelbar angeht. Das Berufungs- und Wiederaufnahmeverfahren bleibt ein Verfahren in derselben Rechtssache, mag das neue Verfahren vor demselben Prozeßgericht erster Instanz oder vor einem anderen Prozeßgericht erster Instanz stattfinden. Der gesamte, wegen des betreffenden Gegenstandes anhängige Rechtsstreit ist für die Verbotsbegrenzung maßgebend. Dafür spricht die Fortwirkung des Verbotes doppelter Beeidigung in der Berufungsinstanz.

Das gleiche muß auch hier wieder für das Wiederaufnahmeverfahren gelten. Die Wiederaufnahme ist allerdings kein Rechtsmittel, denn ihr fehlt Suspensiv- und Devolutiveffekt. Sie hat aber eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Rechtsmittel, z. B. in der Bezeichnung des Urteils, gegen das das Wiederaufnahmeverfahren stattfinden soll (§ 587 ZPO — § 518 ZPO), in der amtswegigen Prüfung ihrer Zulässigkeit (§ 589 ZPO — § 519 b ZPO) und in der neuen Verhandlung der Hauptsache (§ 590 ZPO — § 525 ZPO). Rosenberg[59]) bemerkt daher mit Recht, daß die Vorschriften der Rechtsmittel beim Wiederaufnahmeverfahren zur Ausfüllung von Lücken entsprechend verwertet werden dürfen. § 20 EGZPO bezeichnet die Wiederaufnahme sogar als außerordentliches Rechtsmittel.

Es kann zwar die Beweiswürdigung der eidlichen Aussage jetzt anders ausfallen, wie früher; eine doppelte Beeidigung jedoch ist unzulässig.

§ 13: Sekundäre Wahrheitsmittel.

I. Bei der PV wirken noch andere Momente mit, die gleichfalls geeignet sind, den wahren Sachverhalt festzustellen, die in erster Linie dazu dienen sollen, eine wahrheitsgemäße Aussage der Partei herbeizuführen.

59) Lehrbuch, § 160, I a.

Zunächst steht vor jeder PV obligatorisch die Wahrheitsermahnung durch den Richter (§§ 451, 395 Abs. I ZPO). Alsdann findet ein Hinweis des Richters darauf statt, daß die Möglichkeit einer späteren Beeidigung der Aussage der zu vernehmenden Partei besteht (§§ 451, 395 Abs. I ZPO).

Erwähnt war schon in anderem Zusammenhange (S. 25 f.) die Möglichkeit der Gegenpartei und des Gerichts, in die Geschichtserzählung der Partei durch Zwischenfragen examinierend einzugreifen. Dadurch wird die Partei, die die Wahrheit nicht sagt, oftmals unsicher und verrät sich damit dem Richter, der ihr Verhalten für das Beweisergebnis zu würdigen hat.

II. von Bar[60]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß im Volke der Glaube besteht, daß die Partei, welche den Eid zu schwören hat das von ihr behauptete Recht im ganzen beschwört. Nach früherem Rechte schwor sie sogar in diesem Glauben einen Meineid. Oftmals war sie durch einen Ausweg gedeckt, der sich ihr durch die Fassung des bedingten Endurteils bot. Als Preis des Meineides winkte ihr der Prozeßgewinn.

Anders bei der PV. Die Partei weiß oft gar nicht, worauf es eigentlich bei ihrer Aussage für die Entscheidung des Rechtsstreites im einzelnen ankommt. Es wird ihr jetzt meist gesagt werden, daß eine Bindung des Richters an ihrer Aussage und ihrem Eid nicht mehr besteht, daß das Gericht vielmehr entgegengesetzt entscheiden kann. Die gewissenhafte Partei, die früher weniger Eide schwor, als die skrupellose, wird jetzt öfter und sicherer ihre Aussage beschwören können, als sie früher den formulierten Eid leisten konnte. Sie hat auf die richterlichen Fragen in freier Rede zu antworten, wie sich die Tatsachen und Vorgänge nach ihrer Meinung abgespielt haben und wie sie sich deren nach ihrer genauesten Prüfung zu erinnern vermag.

III. Die nachträgliche Vereidigung[61]) der Partei macht es dieser möglich, sich ihre gesamte uneidliche Aussage noch einmal vorzulegen, auf ihre Wahrheit hin zu prüfen und dann bei der Vereidigung die Tatsachen wegzulassen, auf die sie sich nicht mehr genau besinnen kann, oder die ihr jetzt als unwahr erscheinen. Es ist außerdem nicht erforderlich, daß sich die Vereidigung unmittelbar an die uneidliche Vernehmung anschließt. Viele Parteien haben das Bedürfnis, sich vor dem Eidestermine ihre uneidliche Aussage genau zu überlegen. Sie erbitten sich zu diesem Zwecke vom Gericht oftmals eine kurze Bedenkzeit, die ihnen das Gericht auch in den meisten Fällen gewähren wird.

---

60) Recht und Beweis, S. 130.

61) Anders das österr. Recht, das nur den Voreid kennt.

2. Sachliche Wertung.

§ 14: Freie Beweiswürdigung.

I. Einen der Hauptmängel des früheren Eidessystems, der der Wahrheitsfeststellung hindernd entgegenstand, bildete die formelle Feststellungswirkung des formulierten Eides. Es gab nur drei Möglichkeiten, die in einem Rechtsstreite überhaupt vorkommen konnten:

1. Wurde der Eid geleistet, so begründete er den vollen Beweis der beschworenen Tatsache (§ 463 Abs. I ZPO a.F.).

2. Wurde der Eid verweigert, so war das Gegenteil der beschworenen Tatsache bewiesen (§§ 464, 465 ZPO a.F.).

3. Wurde der Eid dem Schwurpflichtigen von seinem Gegner erlassen, so trat die Wirkung der Eidesleistung ein (§ 464 Abs. I ZPO a. F.).

Eine freie Beweiswürdigung der Eidesleistung gab es nicht. Mochte das Gericht auch davon überzeugt sein, daß der Schwurpflichtige einen Meineid geschworen hatte, so mußte es dennoch auf Grund der formellen Beweiskraft des Eides diesen zur Urteilsgrundlage machen. Man hat daher den Eid als formelles Beweismittel bezeichnet, als „Beweismittel", das nicht der Bildung der richterlichen Überzeugung dienen soll, sondern das die Urteilsgrundlage unmittelbar feststellt. Es liegt auf der Hand, daß ein derartiges Verfahren nicht eine der Wirklichkeit entsprechende Urteilsgrundlage zu schaffen vermag. Es konnte daher auch von Richtern dazu benutzt werden, den Beweiswürdigungsschwierigkeiten zu entgehen und für ihre Unentschlossenheit eine feststehende Urteilsgrundlage zu haben. Volkmar nennt den gestabten Eid aus all diesen Gründen zutreffend einen „fossilen Überrest eines formalen Beweissystems" [62]).

II, 1. Mit dieser Formalwirkung des Eides hat das Änderungsgesetz gebrochen. Die PV unterliegt sowohl in ihrem uneidlichen, wie ihrem eidlichen Teile der freien richterlichen Beweiswürdigung (§§ 553, 286 ZPO). Auch die Ablehnung des Gegners, sich vernehmen zu lassen, sowie die Verweigerung der Aussage bilden einen materiellen Beweisgrund (§§ 453, 446 ZPO). Die PV soll die Überzeugung von der Wahreit oder Unwahrheit der ausgesagten und beeideten Tatsachen in dem Richter begründen. Es soll durch sie bewiesen, nicht festgestellt werden. Der Richter hat die gesamten Verhandlungs- und Beweisergebnisse nach ihrer Überzeugungskraft auf sich selbst zu beurteilen und danach erst die Feststellung der Entscheidungsgrundlagen vorzunehmen.

Für die Beweiswürdigung des Gerichts kommen folgende Gesichtspunkte in Betracht: Der Inhalt der Aussage der Parteien, ihre allgemeine Glaubwürdigkeit, der Umstand, ob die Vernehmung uneidlich stattfand oder ob die Aussage beeidet wurde, die Ablehnung der Aussage oder Vereidigung, das Ausbleiben der ordnungsgemäß

62) Jud. 1930 S. 247.

geladenen Partei und schließlich ein Unterschied in ihrer eidlichen und beeideten Aussage. Der Richter braucht jetzt nicht mehr etwas als wahr oder unwahr hinzunehmen, wovon er nicht genügend überzeugt ist. Seine, nicht der schwörenden Partei Überzeugung stellt eine Behauptung erst als wahr oder unwahr fest. Keine Partei hat ein Recht auf Glauben, der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung schließt das aus.

Das Gericht kann jedoch über einzelne, in der Aussage der einen Partei enthaltenen, Tatumstände diese Partei, über andere, in der Aussage der etwa auch vernommenen Gegenpartei enthaltenen, Tatumstände die Gegenpartei vereidigen. Auch dann besteht keine unbedingte Bindung an die Aussage und den Eid einer Partei.

Da sich die freie Würdigung auch auf die Beeidigung der Aussage erstreckt, muß der Richter, wenn er sich der beeideten Aussage in seiner Überzeugung nicht anschließen kann, die Gründe dafür besonders eingehend in den Urteilsgründen niederlegen. Darin liegt zugleich ein Schutz der Parteien vor etwaiger richterlicher Willkür. Es ist anzunehmen, daß dieser Fall nicht oft eintritt, denn die Anordnung der Vereidigung soll ja zur Erhärtung der bereits vorhandenen Aussage dienen und nur das will der Richter zur Bildung seiner Überzeugung erreichen.

Auch das Ausbleiben der Partei in dem zur Vernehmung oder zur Vereidigung bestimmte Termine ist, entgegen dem § 442 Entw., frei vom Gerichte zu würdigen, nach der Richtung hin, ob die Aussage als verweigert angesehen werden soll oder nicht (§ 454 Abs. I ZPO), d. h., ob die Partei in der Tat nicht aussagen will. Sogar ein zweites Ausbleiben in einem zur Vereidigung bestimmten Termine steht nicht, wie früher, der Verweigerung gleich, sondern untersteht der freien richterlichen Beweiswürdigung. Sieht das Gericht die Aussage als verweigert an, so kann es nach seinem Ermessen Schlüsse für das Beweisergebnis daraus ziehen. Es kann, falls es das Ausbleiben nicht als ein Geständnis der fraglichen Tatsachen ansehen will, einen neuen Termin zur Vernehmung anberaumen.

Insbesondere vermittelt der persönliche Verkehr, in dem der Richter bei der PV mit den Parteien steht, eine Anzahl Eindrücke, die als Beweisargumente besonders zu berücksichtigen sind. Das fiel bei dem formulierten Eide weg, da die Partei meist erst im Schwurtermine vor dem Gericht erschien. Der Nachteil für die Partei, jetzt mehrmals vor Gericht erscheinen zu müssen, ist gering gegenüber dem Vorteile, den ihr persönliches Auftreten auf das Urteil hat.

II, 2 a. Die freie Beweiswürdigung macht die PV zu einem materiellen Beweismittel, das die Überzeugung des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Tatsachen herstellen soll. Sie hat, da eine richterliche Bindung nicht mehr besteht, eine bei weitem bessere Wahrheitsfeststellung zur Folge, als durch die formale Feststellungskraft des formulierten Eides erreicht werden konnte. Andererseits ist die Beweiswürdigung, deren Ergebnis die

Parteien nicht vorhersehen können, ein gewisser Zwang für sie, sich der Vernehmung oder der Vereidigung zu unterziehen, da sonst der Richter geneigt sein wird, ungünstige Schlüsse aus ihrer Handlungsweise zu ziehen. Das ist der einzige Druck, der auf die Partei wenigstens mittelbar ausgeübt werden kann, um die Vernehmung oder Vereidigung durchzusetzen. Gerade dieser mittelbare Zwang aber ist der Wahrheitsfeststellung dienlicher, als wenn die Partei durch unmittelbaren Zwang genötigt werden könnte, ihre Aussage zu machen. Eine erzwungene Aussage wird in vielen Fällen nicht richtig sein.

Die Partei, die nicht aussagt und die auch trotz Aufforderung des Richters nicht zu einer Aussage zu bewegen ist, wird für ihr Verhalten ihre Gründe haben. Diese Gründe zu erkennen, wird für den Richter auch meist nicht schwer sein. In der Regel wird es sich um Unsicherheit, Unkenntnis der zu beweisenden Tatsachen oder sogar um eine Kenntnis der ungünstigen Tatsachen handeln. Jedenfalls wird meist die Partei dann nicht aussagen, wenn sie glaubt, für sie selbst ungünstige Tatsachen vorbringen zu müssen.

Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung ist auch im Berufungsverfahren durchgeführt. Das Berufungsgericht ist weder im Falle einer neuen Vernehmung, noch, wenn eine Vernehmung nicht mehr stattfindet, an die Überzeugung gebunden, welche die erste Instanz ihrem Urteile zu Grunde legte.

Notwendig ist zur Durchführung der freien Beweiswürdigung allerdings, daß die Beweise vor dem erkennenden Gericht erhoben werden. Gerade auf dessen Überzeugung muß durch die Parteiaussage eingewirkt werden. Die Beweisniederschriften eines ersuchten Richters lassen zu oft nicht das erkennen, worauf es für den erkennenden Richter gerade ankommt. Der persönliche Eindruck, den der vernehmende Richter von der Partei gewinnt, wird oft weit wichtiger sein, als die Aussage selbst.

II, 2 b. Durch die freie Beweiswürdigung und damit durch den Wegfall gesetzlicher Beweisregeln werden zwar die Rechte der Parteien im Prozesse gemindert, andererseits aber wird die Stellung des Richters wesentlich gehoben. Das schadet jedoch nichts, denn gerade so wird der Wahrheitsfeststellung um so besser zum Siege verholfen. Bedenken, daß der Richter seine Macht mißbrauchen könnte, wie sie besonders Richard Schmidt hat [63]), und daß er fortan willkürlich entscheiden könne, sind unbegründet. Der Richter, der die anderen Beweismittel schon immer nach seinem freien Ermessen würdigte, muß folgerichtig dieses Recht auch bei der Parteiaussage haben, bei einem Beweismittel, das im Verhältnisse zu den anderen Beweismitteln wegen seiner allzu großen Unzuverlässigkeit nur hilfsweise angewendet wird. Es ist gar kein Schutz der Parteien, wie Schmidt meint, wenn der Richter an starre Beweisregeln gebunden ist. Seine Entscheidung gewährleistet dann nicht ein der wirklichen Rechtslage ent-

63) Lehrbuch, S. 543.

sprechendes Erkenntnis. Nur ein solches aber dient dem Schutze der Parteien für ihre Ansprüche.

Die früher bestehende Bindung des Richters an die Eidesleistung führte oft dahin, daß der Richter ein Urteil gegen seine Überzeugung und entgegen der wirklichen Rechtslage fällen mußte.

Die freie richterliche Beweiswürdigung bei der PV dient demgegenüber zur Feststellung eines der Wirklichkeit entsprechenden Sachverhaltes. Damit wird die Erfüllung der Aufgaben der Zivilrechtspflege als Rechtsschutzeinrichtung besser gewährleistet.

§ 15: Keine Voraussehbarkeit des Prozeßergebnisses.

Man hat früher viel darüber gesprochen, daß ein gutes Prozeßgesetz den formellen Verlauf, den ein Verfahren nimmt, klar voraussehen lassen müsse. Ein besonderer Verfechter dieses Gedankens, des sogenannten Grundsatzes der Voraussehbarkeit des Prozeßergebnisses war Richard Schmidt [64]). Er will den Zivilprozeß so konstruieren, daß sein Ausgang von den Parteien genau vorher berechnet werden kann. Das formale Eidesrecht und die mit ihm verbundenen gesetzlichen Beweisregeln erscheinen ihm als Garantie dafür, denn die Wirkungen der Eidesleistung oder Verweigerung des Eides sind ja ein für allemal in dem bedingten Endurteile festgelegt. Auch für die Rechtsanwälte bedeutet eine Voraussehbarkeit eine wesentliche Stütze bei der Beratung eines Mandanten über die Prozeßführung.

Das ist nun allerdings bei der PV anders, selbst dann, wenn sie auf den Antrag der beweisbelasteten Parteien stattfindet. Die Anordnung der Vereidigung liegt im alleinigen Ermessen des Gerichts. In jedem Falle setzt die freie richterliche Beweiswürdigung ein. Die Parteien wissen nicht mehr im Voraus, ob die Eidesleistung auch wirklich die beabsichtigte Wirkung auf das Gericht auszuüben vermag. Die nicht schwörende Partei kann trotz des Eides der Gegenpartei das Gericht von ihrem Rechte überzeugen. Die Parteien sind niemals sicher, ob der Richter ihnen glauben wird. Dieser wird zwar nur der Partei den Eid anvertrauen, bei der er annimmt, daß bereits ihre uneidliche Aussage der Wahrheit entspricht. Aber hieraus Schlüsse auf das Prozeßergebnis zu ziehen, ist wegen der immer einsetzenden freien Beweiswürdigung nicht angängig.

Ist denn aber diese Voraussehbarkeit des Prozeßergebnisses wirklich ein Vorzug gegenüber der durch die freie Beweiswürdigung geschaffenen Ungewißheit der Parteien über den Ausgang des Rechtsstreites? Gewiß nicht! Höher, als die Berechenbarkeit des Ausganges des Prozesses muß in jedem Prozeßrechte das Ziel stehen: Die Feststellung der Tatsachenwahrheit und ein auf ihr allein sich aufbauendes Urteil. Dieses wird dann auch stets den Anspruch auf Gerechtigkeit erheben können [65]). Daß dieses Ziel durch die PV,

64) Lehrbuch S. 543.
65) s. Püschel, Entw. in Jur. Rdsch. 1932 S. 61.

wenn auch nicht unbedingt, so doch bei weitem besser, als durch den formulierten Eid erreicht werden kann, war bereits erwähnt (s. insbesondere § 11). Der Vorwurf, der gegen die PV auch hier gemacht wurde, es sei der richterlichen Willkür keine Grenze gesetzt, wird am besten durch die Tatsache entkräftet, daß der Richter in seinen Urteilsgründen darlegen muß, warum er der einen Partei geglaubt, der anderen nicht geglaubt und warum er gerade diese Partei vereidigt hat. Der Richter aber, der dem persönlichen Eindrucke oder der sozialen Stellung der Partei unterliegt, konnte auch nach früherem Rechte eine Partei benachteiligen, wenn es nicht zur Eideszuschiebung kam. Auch er konnte durch Anwendung des richterlichen Eides eine Partei besonders begünstigen, da eine Beweiswürdigung der Eidesauferlegung voranzugehen hatte.

Das Umgekehrte ist viel mehr der Fall: Gerade dort, wo eine Voreingenommenheit des Richters in Frage kommen könnte, wird diese Gefahr durch die PV ausgeschaltet. Insbesondere kann die Ausübung des gegnerischen Fragerechtes solchen Stimmungen des Gerichts wirksam entgegentreten. Auch die Geschichtserzählung der Partei wird viel ausmachen. Die Partei weiß nicht, worauf es eigentlich für das Gericht ankommt. Hat sie dann alles erzählt, so wird sich der Richter in seinen Urteilsgründen mit allen diesen Vorbringen auseinander zu setzen haben.

Der Grundsatz der Voraussehbarkeit des Prozeßergebnisses ist für ein Verfahrensrecht nicht erforderlich, sondern er muß sich wegen der Bindung des Richters an bestimmte Beweisregeln schädlich für die Wahrheitsfeststellung auswirken.

III. § 16: Ergebnis.

Aus all dem ergibt sich, daß nach Einführung der PV im heutigen Rechte die Wahrheitsfeststellung im Zivilprozesse gewollt ist und erreicht werden kann. Wenn ihr noch einige Hindernisse entgegenstehen, unter denen insbesondere das Fehlen irgendeiner Sanktion bei der PV zu nennen ist, so sind diese nicht so bedeutend, daß sie dem Richter nur einen fiktiven Sachverhalt [66]) zur Urteilsfindung vorlegten. Das Gericht ist nicht mehr an einen von den Parteien geschaffenen, der Wahrheit aber nicht unbedingt entsprechenden Sachverhalt gebunden. Gerade die Bestimmungen in der PV tragen wesentlich dazu bei, die Tatsachenwahrheit zur Urteilsgrundlage zu nehmen. Da sie das meist erreichen und der Richter von sich aus den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt nach seinem Empfinden auf seine Wahrheit hin prüft, kann man in diesem Zusammenhange von einem Grundsatze der (relativen) Feststellung der materiellen Wahrheit sprechen. Hier liegt ein Unterschied zum früheren Rechte, dem dieser Grundsatz nicht bekannt war.

---

66) Wie er Gegenstand der sog. formellen Wahrheit ist.

C. § 17: Der Grundsatz der Unmittelbarkeit und der Grundsatz der Mündlichkeit.

I. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit.

a) Die besondere Bedeutung der Unmittelbarkeit für die Parteivernehmung.

Mehr, als bisher, kommt nach Einführung der PV der Grundsatz zur Unmittelbarkeit, der für die PV gemäß §§ 355, 451, 375 ZPO gilt, für die Beweisaufnahme zur Geltung. Das betont das Gesetz schon dadurch, daß die frühere Generalklausel des § 375 Ziff. 2 ZPO a. F., nach der eine Vernehmung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter in weitem Umfange möglich war, jetzt gestrichen ist.

Die Beweisaufnahme hat grundsätzlich unmittelbar vor dem erkennenden Gericht zu erfolgen, ohne daß richterliche Mittelspersonen eingeschoben werden. „Diese Unmittelbarkeit ist ein vom gesunden Menschenverstand gebotener Verfahrensgrundsatz“ [67]). In der Praxis wurde früher besonders bei der Zeugenvernehmung und bei der Augenscheinseinnahme gegen diese Vorschrift verstoßen, da der die Beweisaufnahme anordnende Beschluß gemäß § 355 Abs. II ZPO unanfechtbar ist und man annahm, daß infolgedessen die Parteien gegen eine Beweisaufnahme vor dem ersuchten Richter nichts unternehmen könnten. Bei der PV ist ein solcher Verstoß weit schädlicher, als bei der Zeugenvernehmung und beim Augenschein. Bei ihr kommt es auf den persönlichen Eindruck der aussagenden Partei besonders an. Gerade er ist geeignet, dem Richter bei der Beweiswürdigung besonders zu helfen. Wenn dieser persönliche Eindruck der Beweispersonen wegfiele, so wäre das an sich schon unsichere Beweismittel der Parteiaussage noch weniger geeignet, den Sachverhalt möglichst vollständig und richtig festzustellen und zur Beseitigung der Tatsachenzweifel des Richters zu dienen.

b) Die Unmittelbarkeit als Voraussetzung für Zwischenfragen.

Findet die PV vor dem erkennenden Gericht statt, so hat die Gegenpartei, die meist nur vor diesem anwesend ist, sofort die Möglichkeit, mutwillige Einreden, die jeglicher tatsächlichen Grundlage entbehren, von vornherein zu entkräften. Das Examinieren durch sie ist in seiner Wirkung auf die vernommene Partei und den Richter nicht zu unterschätzen. Auch dadurch kann eine Beeidigung vermieden werden.

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme erlangt durch die PV in Verbindung mit § 375 ZPO wieder besondere Bedeutung und es muß auf die Konzentrierung des Verfahrens, auf die Verhandlung vor dem Prozeßgericht besonderer Wert gelegt werden.

---

67) Staud, Dt. Justiz 1934, S. 512.

c) Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit:

1. Durch den Einzelrichter.

§ 349 Abs. II ZPO will grundsätzlich eine Beweisaufnahme dem Kollegium vorbehalten. Der Einzelrichter soll nur noch so weit in Tätigkeit treten, als es zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Prozeßgericht wünschenswert ist und von vornherein anzunehmen ist, daß das Prozeßgericht einen unmittelbaren Eindruck von der Beweisaufnahme zu einer sachgemäßen Würdigung nicht benötigt. Das aber wird bei der PV in der Regel gerade der Fall sein. Bei ihr kann der Einzelrichter nie wissen, ob dem Kollegium einiger Beweis durch die PV erbracht werden kann. Im österreichischen Rechte ist daher dem Einzelrichter grundsätzlich die PV entzogen (§ 375 Abs. II ö. ZPO).

Vernimmt der Einzelrichter trotzdem die Partei und liegen die Voraussetzungen dafür gemäß § 349 Abs. II ZPO nicht vor, so wird doch das erkennende Gericht das Ergebnis der PV seinem Urteile zu Grunde legen können [68]). Das muß vor allem dort gelten, wo der vernehmende Richter in das Vernehmungsprotokoll einen Vermerk über den persönlichen Eindruck der Partei gemacht hat. Dieser in dem Vermerke niedergelegte Eindruck über die Persönlichkeit der Partei ist Bestandteil der Beweisverhandlung und kann als solcher bei der Urteilsfindung des erkennenden Gerichts verwertet werden [69]).

§ 349 Abs. II ZPO ist nur eine Ordnungsvorschrift. Der Einzelrichter ist während seiner Tätigkeit „Prozeßgericht".

2. Durch den beauftragten oder ersuchten Richter.

Das Kollegium hat grundsätzlich, wenn eine PV beschlossen wird, in den Fällen, in denen die Partei am Gerichtsorte vernommen wird, die Vernehmung selbst zu bewirken. Das läßt sich allerdings wegen praktischer Schwierigkeiten nicht immer ermöglichen, z. B. bei zu weiter Entfernung vom Gerichtsorte oder, wenn die Partei sonstwie am Erscheinen verhindert ist (§ 375 ZPO). Es muß darauf geachtet werden, daß dann möglichst ein Mitglied des erkennenden Gerichts als beauftragter Richter die Partei vernimmt. Schon der persönliche Eindruck, den auch nur ein Mitglied des Prozeßgerichts, wenn möglich der Berichterstatter von der Partei gewinnt, ist für die Beweiswürdigung von allergrößter Bedeutung.

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter die Partei vernommen und haben die Ausnahmefälle des § 375 Abs. II ZPO nicht vorgelegen, so ist die PV unzulässigerweise erfolgt, denn es liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit des § 355 ZPO

68) A. M. Rosenberg in ZfZP a.a.O. S. 304, der die Revision zulassen will, wenn aus dem Urteile hervorgeht, daß § 349, II, 2 ZPO mißverstanden ist.

69) So RG in JW 1933 S. 2215 Nr. 10 und die dort Genannten. RGZ Bd. 17 S. 425; Stein-Jonas, Anm. 19 zu § 286; Baumbach, Anm. 3 zu § 286.

vor. Dieser Verstoß kann, da er den Fall des § 355 Abs. II ZPO nicht betrifft, in der Berufungs- und Revisionsinstanz als erheblicher Verfahrensmangel i. S. des § 539 ZPO gerügt werden [70]). § 375 ZPO ist eine Sondervorschrift, auf die § 355 ZPO keine Anwendung findet. Für diese Ansicht spricht auch die Einleitung zum Änderungsgesetze im Abs. V, der ein „lebendiges Verfahren mit voller ... Unmittelbarkeit" fordert und damit praktisch den fast in Vergessenheit geratenen Unmittelbarkeitsgedanken in den Vordergrund des Verfahrens rückt.

Es muß, soweit es möglich ist, eine PV vor dem ersuchten Richter vermieden werden. In Fällen, wo ein ersuchter Richter unbedingt tätig werden muß, wäre zu empfehlen, daß, wenn es das Gesetz auch nicht vorschreibt, in den Beweisniederschriften ein Vermerk über Auftreten und Glaubwürdigkeit der Partei aufgenommen wird. Dieser gilt dann als Bestandteil der Beweisverhandlung und ist von dem erkennenden Gericht als Urteilsgrundlage zu verwerten. Allein aus der protokollierten Aussage, die alle möglichen Auslegungen und Verdrehungen zuzulassen geeignet ist, kann ein Schluß auf die Glaubwürdigkeit der Partei nicht immer gezogen werden. Die Ausdrucksweise des Protokolls wird das Gericht nur zu oft mißverstehen.

II. Der Grundsatz der Mündlichkeit.

Durch eine strenge Durchführung der Unmittelbarkeit kommt auch der Grundsatz der Mündlichkeit (§ 328 ZPO) wieder zu besonderer Geltung. Er kann seinen „wahren Wert nur durch die PV" erlangen [71]) und man kann hinzusetzen: Durch die vor dem Prozeßgericht durchgeführte PV. Auch er wird von der Einleitung zum Änderungsgesetze Abs. V verlangt und dort mit Recht als Grundpfeiler eines lebendigen Verfahrens bezeichnet. „In einem Verfahren, in dem das Parteivorbingen, statt in einer einzigen Verhandlung zusammengedrängt zu werden, in kleine Portionen auf zahlreiche Termine verteilt wird, kann sich eine wahre Mündlichkeit nicht entwickeln, muß notgedrungen die Verhandlung in weitem Maße unter Bezugnahme auf Schriftsätze ersetzt werden" [72]). Dann aber kann von einer mündlichen Verhandlung im eigentlichen Sinne keine Rede mehr sein. Man kann es ganz ruhig aussprechen, daß das frühere Verfahren tatsächlich ein schriftliches Verfahren war, der § 128 ZPO nur „auf dem Papier geblieben ist" [73]). Dadurch fand naturgemäß eine Verschleppung des Rechtsstreites statt, da die Ansetzung mehrerer Termine erforderlich war.

Wenn die Partei unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte vernommen wird, und von diesem nicht nur ihre von einem ersuchten

---

70) s. Stein-Jonas § 355, A III.
71) Kade, Zur Einführung der PV in DJZ 1897 S. 181.
72) Volkmar, JW 1933 S. 2431.
73) Swoboda a.a.O.

oder beauftragten Richter protokollierte Aussage zur Urteilsgrundlage gemacht wird, so ist damit wieder eine bessere Wahrheitsfeststellung gewährleistet.

D. § 18: Der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung.

a) Der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung und die Eventualmaxime.

Eine weitere Frage ist, ob nach Einführung der PV noch der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlungen gilt oder ob die Ansätze zur sog. Eventualmaxime durch die PV gegenüber dem früheren Rechte verstärkt sind. Nach dem Grundsatze der Einheit der mündlichen Verhandlung können die Parteien den Prozeßstoff nach ihrem Belieben während jeder Phase des Rechtsstreites vorbringen (§ 273 Abs. I ZPO). Die Eventualmaxime dagegen macht es den Parteien zur Pflicht, ihr Vorbringen und ihre Beweisanträge innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen, gleichgültig, ob sie zur Zeit erforderlich sind oder nicht und nur für den Fall der Erfolglosigkeit des in erster Linie geltend gemachten Beweismittels in Frage kommen sollen (daher Eventualmaxime). Die Parteien sind dabei bisweilen genötigt, widersprechende Behauptungen aufzustellen, um mit ihrem Vorbringen nicht ausgeschlossen zu werden. Das bedeutet einen Widerspruch zur Wahrheitspflicht.

Genauer ist die eben gestellte Frage dahin zu formulieren: Tritt durch die PV in irgend einer Weise eine Präklusion der anderen Beweismittel ein? Wird auf die Parteien ein Zwang ausgeübt, ihre Beweismittel nicht zu spät, d. h. nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zu benennen? Ist insbesondere die Subsidiarität der PV dazu geeignet, und soll sie dazu dienen, einen solchen Zeitpunkt zu schaffen?

b) Ist eine Präklusionswirkung verknüpft:

1. Mit der Anordnung der uneidlichen Parteivernehmung?

Daß mit der Anordnung der uneidlichen PV eine solche Präklusionswirkung nicht verknüpft sein kann, geht eindeutig aus § 450 Abs. II ZPO hervor, der ausdrücklich die Aussetzung des die Ausführung der uneidlichen PV anordnenden Beschlusses zuläßt, wenn über die zu beweisende Tatsache noch andere Beweismittel vorgebracht werden. Damit ist schon durch das Gesetz den Parteien die Möglichkeit gegeben, auch nach der Anordnung der uneidlichen PV sich anderer Beweismittel — es werden in der Hauptsache solche sein, die ihnen erst später bekannt wurden — für den ihnen obliegenden Beweis zu bedienen.

2. mit der Beendigung der uneidlichen Parteivernehmung?

Als zweiter Zeitpunkt käme die Beendigung der uneidlichen PV in Betracht. Man könnte der Meinung sein, daß, da ja die PV

ein Beweismittel, bestehend aus zwei Teilen, ist, beide Teile unmittelbar aufeinander folgen müßten und daß dann das Beweisverfahren wegen der Subsidiarität zu Ende sein. Das ist nicht richtig. Es kann z. B. der Fall eintreten, daß sich erst im Laufe der uneidlichen Vernehmung herausstellt, daß noch andere Beweismittel vorhanden sind. Klein [74]) meint, es verstieße gegen die Beweismittelnatur der PV und gegen die Subsidiarität, wenn sie dazu dienen könnte, die Grundlage für weitere Beweiszulassungen zu gewinnen. Auch dem kann nicht zugestimmt werden. Beim Zeugenbeweise ist es doch auch so, daß, wenn sich auf Grund einer Aussage noch ein anderes Beweismittel herausstellt, auch dieses noch für den Rechtsstreit benutzt werden kann. Es verstößt durchaus nicht gegen die Beweismittelnatur, wenn ein Beweismittel ein anderes, das die Parteien zunächst nicht gekannt haben, oder auf welches sie sich nicht besonnen haben, zu Tage bringt. Es ist wohl möglich, daß ein Beweismittel die Grundlage für die Einführung eines weiteren bildet.

Auch die grundsätzliche Subsidiarität ändert daran nichts: Die PV findet als ein Beweismittel eben nur dann Anwendung, wenn der Beweis durch andere Beweismittel nicht vollständig geführt ist. Sie wurde in ihrem uneidlichen Teile zwar schon durchgeführt, wird jetzt aber, da andere Beweismittel es verhindern, nicht mehr fortgesetzt. In ihrem uneidlichen Teile war die Subsidiarität zur Zeit der Anordnung gewahrt. Vor der Anordnung hatte die beweisbelastete Partei den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht; sonst hätte die PV gar nicht angeordnet werden dürfen.

Nirgends verbietet es das Gesetz, nach der uneidlichen PV noch ein weiteres Beweisverfahren mit Beweismitteln stattfinden zu lassen, die sich erst durch die PV selbst herausgestellt haben, wiewohl das nicht Zweck und Ziel der PV sein darf.

Die Parteien selbst haben ein großes Interesse daran, möglichst bald alle ihnen zu Gebote stehenden Beweismittel dem Richter zu benennen. Sollten sie aber aus irgend einem Grunde, insbesondere, weil sie das betreffende Beweismittel noch nicht kannten, unterlassen haben, dieses zu benennen, so darf keine grundsätzliche Verwirkung dieses Beweismittels erfolgen. Die Folge einer solchen Verwirkung wäre, daß lediglich die Beeidigung der uneidlichen Parteiaussage noch stattfinden könnte. Das widerspräche vor allem der Wahrheitsfeststellung, dem wichtigsten Prozeßgrundsatze des geltenden Zivilprozeßrechts. Anderer Ansicht ist Gerland [75]), der behauptet, aus der Subsidiarität der PV folge, daß nach ihrer Durchführung andere Beweismittel nicht mehr angeboten werden dürften, daß sich jetzt vielmehr das Beweisverfahren auf die PV beschränke. Gewiß soll die PV nur aushilfsweise stattfinden. Sie ist daher grundsätzlich erst anzuwenden, wenn alle anderen Beweismittel er-

74) Vorlesungen S. 176.
75) Jud. 3. Jahrg. S. 312.

schöpft sind. In der Regel wird die PV das letzte Beweismittel sein. Diese Tatsache bedeutet aber nicht, daß andere Beweismittel unzulässig werden, wenn die PV erfolgt ist.

Bei verständiger Handhabung des Gesetzes wird es freilich nur unter besonderen Umständen dazu kommen, nach erfolgter uneidlicher PV Beweise zu erheben.

Für die vertretene Ansicht spricht weiter, daß die §§ 519 Abs. III Ziff. 2, 529 ZPO den Parteien gestatten, neue Beweismittel in der Berufsbegründung vorzubringen, sofern diese nicht prozeßverschleppend sind. Dann aber muß erst recht eine Berücksichtigung dieser Beweismittel vor Schluß der Verhandlung im ersten Rechtszuge stattfinden können.

Noch ein weiterer praktischer Gesichtspunkt zwingt zu dem genannten Ergebnisse: Wäre eine Partei von dem Augenblicke ihrer Vernehmung an mit anderen Beweismitteln präkludiert, so könnten von nun an alle diejenigen Einreden, die erst nach der Vernehmung entstanden sind und zu deren Beweise die Partei Zeugen benennen oder Urkunden vorlegen möchte, von ihr im anhängigen Verfahren nicht mehr vorgebracht werden. Die PV käme damit der Wirkung des bedingten Endurteils gleich, das die Geltendmachung materieller Einreden nach seiner Rechtskraft nicht mehr gestattete. Das kann für die PV wegen der Bindungsfreiheit des Richters und wegen des Strebens nach einer der Wirklichkeit entsprechenden Entscheidung nicht gelten. Nichts zwingt zu einer gegenteiligen Ansicht, es sei denn eine extreme Durchführung des Gedankens der Subsidiarität.

Auch nach erfolgter uneidlicher Vernehmung sind weitere Beweisanträge der Parteien zuzulassen, sofern nicht in dem verspäteten Vorbringen eine Prozeßverschleppung liegt, die vom Richter mit Kostennachteilen oder Zurückweisung gemäß §§ 278, 279, 283 ZPO zu behandeln ist.

3. mit der Anordnung der Beeidigung?

Weiter könnte man als Zeitpunkt für den Ausschluß anderer Beweismittel an den Erlaß (Verkündung oder Zustellung) des die Beeidigung der Aussage anordnenden Beschlusses denken. Da aber die Anordnung der Beweiserhebungen durch Beschluß Gegenstand der richterlichen Prozeßleitung ist, deren Vollzug das Gericht jeder Zeit aussetzen kann, so kann dieses sogar ohne mündliche Verhandlung beschließen, von der Vereidigung Abstand zu nehmen [76]). Das wird dann der Fall sein, wenn das Gericht sieht, daß andere Beweismittel sicherer und besser den wahren Sachverhalt festzustellen geeignet sind, als es durch die Beeidigung der Parteiaussage geschehen könnte. Hier liegt der Fortschritt gegenüber dem bedingten Endurteile, dessen Starrheit und Formalismus gerade durch die PV beseitigt werden soll. Die Unabänderlichkeit des Urteilstenors war es

76) So für den durch Beschluß auferlegten Schiedseid des früheren Rechts RGZ 90, 360 und die dort Genannten; JW 1910 S. 191, Nr. 16.

ja, die der Wahrheitsfeststellung so sehr schadete. Auch durch die Anordnung der Beeidigung der Aussage sind andere Beweismittelanträge nicht ausgeschlossen. Das Gesetz selbst enthält darüber keine Bestimmungen.

4. nach erfolgter Beeidigung?

Auch nach erfolgter Beeidigung der Parteiaussage ist weiteres Vorbringen der Parteien, insbesondere ein Beweismittelantrag nicht ausgeschlossen. Der Richter hat zwar meist mit der Vereidigung das letzte Mittel angewandt, die ihm bis dahin fehlende Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Tatsachen herzustellen. Denn er wird nur dann zur Vereidigung greifen, wenn nach seiner Ansicht andere Beweismittel nicht mehr herbeigeschafft werden können. Durch die Beeidigung wird er auch keine neuen Beweismittel erfahren, die er in diesem Rechtszuge noch verwerten könnte. Die Subsidiarität der PV wird, wie Stein [77]) zutreffend sagt, bewirken, daß nach erfolgter Beeidigung der Rechtsstreit in der Regel zur Endentscheidung reif ist. Wenn überhaupt, so könnte nur jetzt die Präklusion der anderen Beweismittel eintreten. Aber auch das ist nicht der Fall. Gerade, weil nach der Vereidigung die freie richterliche Beweiswürdigung einsetzt (§ 453 Abs. I ZPO), sich formale Beweisfolgen an den Eid nicht knüpfen, besteht kein Grund, die weitere Benennung von Beweismitteln über die beschworene Tatsache zuzulassen. Dieser Fall kann dann eintreten, wenn bei überraschender Anordnung der PV von Amts wegen der Gegner der vernommenen Partei, welcher keinen Anlaß hatte, gegen die Glaubwürdigkeit der vernommenen Partei Einwendungen zu erheben und die dazu erforderlichen Beweise anzutreten, dies aus irgend einem Grunde jetzt nachholen will [78]). Wie weit allerdings die Zurückweisung nach § 283 Abs. II ZPO Platz greift, ist eine andere Frage.

c) Ergebnis.

Selbst ein Gegenbeweis kann gegen die PV stattfinden, da formale Beweiswirkungen nicht eintreten. Dieser Gegenbeweis kann mit allen Beweismitteln mit Ausnahme der PV selbst geführt werden (Arg. § 445 Abs. II ZPO). Allerdings ist auch hier wieder auf § 283 ZPO zu achten. Selbst die Subsidiarität der PV darf nicht auf Kosten der Wahrheitsfeststellung gehen. Das wäre der Fall, wollte man einen vielleicht möglichen Gegenbeweis nicht zulassen. Ein gesetzliches Verbot besteht für ihn nicht.

---

77) § 453 A III.
78) Stein-Jonas § 453 A III.

E: § 19: Der Konzentrationsgrundsatz.

a) Wegfall des bedingten Endurteils.

Eine Forderung der letzten Jahre, die Forderung nach möglichster Beschleunigung der Zivilrechtspflege ist durch die Einführung der PV weitgehend erfüllt und die sogenannte Konzentrationsmaxime hat dadurch an Bedeutung zugenommen.

Das Ziel der Konzentrationsmaxime und auch des modernen Zivilprozesses ist, den Rechtsstreit tunlichst in einer einzigen mündlichen Verhandlung zu erledigen, ihn auf e i n e Verhandlung zu konzentrieren (so §§ 272 b Abs. I, 349 Abs. II ZPO)[79]. Im Zusammenhange damit stehen die, wenn auch nur geringen Ansätze der Eventualmaxime, die die Ausschließung verspäteter Parteianträge zur Folge haben (§§ 278, 179, 283 ZPO).

Mit dem ganzen umständlichen Verfahren, das mit dem bedingten Endurteile — denn nur selten kam es zur Auferlegung des Eides durch Beschluß — zusammenhing, hat die PV gebrochen. Insbesondere die Rechtskraft des bedingten Endurteils, der damit verbundene Fristablauf und die Zustellung des Urteils sind weggefallen. Das bedingte Endurteil und das Läuterungsurteil konnte sämtliche Instanzen durchlaufen, und die Parteien benutzten diese Möglichkeit ausgiebig dazu, um eine Vollstreckung des Urteils hinauszuschieben.

b) der unanfechtbare Beweisbeschluß.

Die PV kann nur durch Beweisbeschluß angeordnet werden, der gemäß § 355 Abs. II ZPO unanfechtbar ist. Er wird den anwesenden Parteien verkündet und ist, so weit es tunlichst ist, sofort auszuführen (§ 357 a ZPO). Darin liegt eine wesentliche Beschleunigung des Beweisverfahrens.

Allerdings ist es heute möglich, daß eine Partei dreimal über dieselbe Tatsache vernommen oder gehört werden kann. Zuerst bei der informativen Befragung, sodann bei der uneidlichen Vernehmung und schließlich zum dritten Male bei der Beeidigung der uneidlichen Aussage. Diese Möglichkeit bedeutet aber im allgemeinen keine Prozeßverschleppung, denn es würden, wenn tatsächlich alle drei Äußerungen der einen Partei angewandt würden, diese meist an einem Verhandlungstage stattfinden. Andererseits werden solche mehrfachen Äußerungen einer Partei über dieselbe Tatsache nicht allzuhäufig erforderlich sein, da der Richter damit zu rechnen hat, daß die Partei jedes Mal dasselbe sagen und auch beschwören wird. Schon diese Tatsache wird den Richter zu einem sparsamen Gebrauche der Vernehmung veranlassen.

Die Beschleunigung des Verfahrens steht auch mit dem Grundsatze der Unmittelbarkeit in engem Zusammenhange. Bei genauer Durchführung des Unmittelbarkeitsgedankens wird es in der Regel ermöglicht werden können, den Rechtsstreit in einer einzigen münd-

79) s. auch Einleitung zum Änderungsgesetz Abs. I; IV.

lichen Verhandlung zu erledigen, zu dem man früher drei Termine benötigte:

1. den ersten Verhandlungstermin,
2. den Termin vor dem beauftragten Richter,
3. einen zweiten Verhandlungstermin.

Dadurch, daß die PV wie jedes andere Beweismittel (§§ 355, 452, 375 ZPO), grundsätzlich vor dem erkennenden Gericht zu erfolgen hat, wird diese Beschleunigung des Verfahrens herbeigeführt.

Die PV bietet also dem Gericht und den Parteien selbst eine bedeutende Zeitersparnis und eine bedeutende Beschleunigung des Verfahrens, die als wesentlich für das geltende Zivilprozeßrecht zu bezeichnen sind.

F. § 20: Schlußbetrachtung.

Rückblickend läßt sich feststellen, daß nach geltendem Rechte die Verhandlungsmaxime weiterhin als zweckmäßig anerkannt und auch nach Einführung der PV in dem früheren Umfange im allgemeinen beibehalten ist. Dem Gericht ist nicht das Recht eingeräumt, die rechtserheblichen Tatsachen zu erforschen, sondern nur die Möglichkeit gegeben — gegenüber dem früheren Rechte erweitert — das Vorbringen der Partei auf seine Wahrheit hin zu prüfen. Durch die weitere Ausgestaltung des Verfahrens durch die PV wird eine der Wahrheit mehr entsprechende Entscheidung des Gerichts, als früher, gewährleistet. Man kann in diesem Zusammenhang von einer (wenn auch nur relativen) Feststellung der Sachverhaltswahrheit als Urteilsgrundlage sprechen. Dazu trägt auch bei eine strenge, gegenüber früher gesteigerte Durchführung des Unmittelbarkeits- und des Mündlichkeitsgrundsatzes.

Der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung ist durch die PV nicht durchbrochen, sondern gerade zu weitgehender Bedeutung gelangt. Eine Einschränkung findet er nur insoweit, als das Zivilprozeßverfahren möglichst beschleunigt durchgeführt werden soll (Konzentrationsmaxime) und infolgedessen verspätet vorgebrachte Beweismittel vom Gerichte zurückgewiesen werden können. Diese Möglichkeit jedoch bestand auch nach früherem Rechte. Die PV selbst bringt keine Beweismittelverwirkung in das Verfahren hinein.

LEBENSLAUF.

Ich, Ewald Friedrich Wolfgang Goedecke, wurde am 19. September 1912 als Sohn des Bürgermeisters Paul Goedecke und seiner Ehefrau Margarete, geborene Lichey in Brieg, Bez. Breslau, geboren. In Brieg besuchte ich die Vorschule, nach Versetzung meines Vaters nach Torgau von Ostern 1921 ab das Mackensen-Gymnasium in Torgau, wo ich zu Ostern 1930 die Reifeprüfung bestand. Seit dem Sommer-Semester 1930 studierte ich Rechtswissenschaften und zwar zunächst in Marburg, daraufhin in Berlin und zuletzt in Halle a. d. S.

Ich hörte Vorlesungen und Übungen der Professoren Genzmer, Jung, Leonhard, Merck, Manigk, Dersch, Goldschmidt, Kohlrausch, Stutz, Bilfinger, Boehmer, Fleischmann, Hein, Ruth, Schwinge, Siebert.

Am 18. November 1933 legte ich beim Oberlandesgericht in Naumburg a. d. S. die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 8. November 1934 bestand ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther Universität in Halle a. d. S. die mündliche Doktorprüfung. Besondere Anregungen für die Dissertation erhielt ich von Herrn Professor Dr. H e i n , dem ich auch an dieser Stelle noch einmal dafür danke.